UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES

ENTREPRISES PRIVÉES

DE

TRAVAUX PUBLICS

PAR

E. BALLIMAN

INGÉNIEUR E. C. P.

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 7 juin 1900, à 1 heure de l'après midi

Président : M. WEISS, *professeur*

Suffragants { MM. GARÇON, *professeur*
JACQUELIN, *agrégé*

PARIS

V. GIARD & E. BRIÈRE

Libraires-Éditeurs

16, RUE SOUFFLOT, 16

1900

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547226_0057

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LES

ENTREPRISES PRIVÉES

DE

TRAVAUX PUBLICS

PAR

E. BALLIMAN

INGÉNIEUR E. C. P.
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 7 juin 1900, à 1 heure de l'après-midi

Président : M. WEISS, *professeur*

Suffragants { MM. GARÇON, *professeur*
JACQUELIN, *agrégé*

PARIS
V. GIARD & E. BRIÈRE
Libraires-Éditeurs
16, RUE SOUFFLOT, 16

1900

AVANT-PROPOS

Le titre que nous avons choisi peut paraître singulier au premier abord ; aussi nous empressons-nous de le justifier. L'antinomie est toute d'apparence et la définition que nous donnons des « Entreprises privées de Travaux Publics » au titre I de cet ouvrage montre que seul ce titre est rationnel et qu'il est d'ailleurs parfaitement clair.

Nous suivrons dans cette étude la succession normale des événements telle qu'elle se présente dans la pratique ; car nous estimons que c'est là l'ordre le plus simple.

Nous commencerons donc par bien définir nos entreprises, puis nous examinerons comment le contrat se forme, quelles en sont les conditions essentielles et les clauses principales ; nous chercherons ensuite quels événements peuvent survenir durant l'exécution des travaux et quelles en peuvent être les conséquences, et enfin nous étudierons les suites du contrat ainsi que les difficultés juridiques qu'il peut soulever.

Certains points importants attireront principalement notre attention : tels seront la question de nationalité des personnes morales, les cas de force majeure (par exemple le fait du prince et surtout la grève) le marchandage, le compromis d'arbitrage, etc. Nous serons même forcés de négliger certains détails, car le sujet que nous avons choisi touche de très près à toutes les questions ouvrières qui sont actuellement à l'ordre du jour et dont l'étude approfondie exigerait un développement que ne peut comporter une simple thèse de doctorat ; d'ailleurs toutes ces questions sont l'objet d'études très sérieuses de la part de gens éminents et nous serions forcément tombés dans des redites ; or ce que nous voulons avant tout c'est exprimer des idées personnelles et non faire une vague œuvre de compilation.

TABLE DES MATIÈRES

TITRE I

Définitions matérielle et juridique

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION MATÉRIELLE DES TRAVAUX PUBLICS

1. — Différentes acceptions du terme « travaux publics » . . . 1
2. — Définition des « Entreprises privées de travaux publics, » comment on les distingue. — Faute et force majeure. — exemples. 2
3. — Importance de cette définition. 7

CHAPITRE II

CARACTÈRES JURIDIQUES DU CONTRAT

4. — Silence du Code civil à notre égard — différents systèmes proposés. 8
5. — Premier système. — Nos entreprises constituent-elles une vente ? Non. — Discussion de ce système. — Nous sommes en opposition avec les principes de la vente. 9
6. — Nous sommes en présence d'un contrat de louage. . . . 10
7. — Deuxième système. — Notre contrat constitue-t-il un louage par suite de devis et marchés tel qu'il est exposé dans le Code civil ? — Considérations générales. — Edifices et bâtiments. — Corps d'Etat du bâtiment et article 1799 du Code civil. — Unité de rédaction de cette Section du Code civil. — Différentes interprétations doctrinales des mots entrepreneurs et

ouvrages. — Art. 1792 et 2270. — Les ouvrages visés par le législateur ont une importance moindre que la construction totale d'une habitation. — Conséquences de l'application de la section des Devis et Marchés à nos entreprises. — Différences quant à la situation des parties entre nos entreprises et les constructions d'habitation. — Fraude de l'Entrepreneur. — Art. 2270 du Code civil. 11

8. — Troisième système. — Notre contrat est-il analogue à celui du louage des gens de travail ? Non. — Discussion. — Exposé des motifs du Code civil. 32

9. — Quatrième système. — Nous sommes en présence d'un louage innommé, régi par les règles du Titredes obligations applicables à tous les contrats. — Nature juridique du contrat et interprétation des clauses qu'il peut contenir 35

TITRE II

Origine du contrat

CHAPITRE PREMIER

FORMATION DU CONTRAT

10. — Généralités 37

SECTION I. — *Conditions d'existence du contrat.*

11. — L'article 1108 du Code civil doit être observé. 38

§ I. — Consentement. 38

12. — Consentement, vices du consentement. 38

13. — Erreur sur la nationalité. — Nationalité douteuse. — Clause alternative, inexistence du contrat 39

§ II. — Capacité. 41

14. — Détermination de la nationalité. — Personnes physiques. — Personnes morales. — Difficultés de la question. . . . 41

15. — Opinion personnelle. — Volonté des associés. — La fraude ne doit pas être présumée. 43

16. — Lieu où a été passé l'acte de société. — Codes récents. . 45

17. — Nationalité des associés. — Difficulté de ce critérium quand il s'agit d'une Société anonyme. 46

18. — Principal établissement. — Siège social. — Lieu d'exploitation. — Avantages et inconvénients de chacune de ces théories. — Textes législatifs se rapportant à la question. . . . 47
19. — Changement de Nationalité des personnes morales. — Une Société peut-elle changer de nationalité, par cela seul qu'elle transporte son siège social en pays étranger et qu'elle modifie ses statuts dans le sens des lois de ce pays ? — Qu'est-ce qu'une personne morale ? — Election de nationalité. . . 57
§ III 67
20. — Objet et cause. 67

CHAPITRE II

FORMES ET PREUVES DU CONTRAT

21. — Exposé général. 68

SECTION I. — *Forme verbale.*

22. — Les modes de preuves verbales ne sont guère applicables. — Différents exemples. 68

SECTION II. — *Forme écrite.*

23. — Généralités. 70
§ I. — Marchés de l'administration ou Marchés de « Travaux publics » au sens légal du mot. . . . 71
24. — Différents modes d'exécution des travaux publics. . . . 71
25. — Concession administrative. 71
26. — Adjudication. — Histoire. — Différentes sortes. — Formalités. — Sanction de la liberté de soumissionner 74
27. — Marchés de gré à gré. 80
28. — Mise en régie. — Différentes sortes. — Travail direct. . 82
§ II. — Marchés entre particuliers. 85
29. — Généralités. — Appréciation des différents modes suivis par l'administration. — Concession. — Régie. — Adjudication. — Chambres de commerce et Chambres syndicales. — Marchés de gré à gré. — Résultats. 85
30. — Principes communs aux différents modes de contrat entre les particuliers. 110

31. — Concession. — Cas très rare. — Peu d'importance pour nous. 114
32. — Adjudication véritable, adjudication privée ou simples annonces. — Importance de cette distinction. — Offre non suivie. — Sanction d'une adjudication privée repoussée par le propriétaire. — Quand le contrat est-il conclu ? 120
33. — Marchés de gré à gré. — Rédaction. — Convention. — Cahiers des charges. — Importance au point de vue de la nature du contrat. 121

TITRE III

Exécution de l'entreprise

34. — Généralités. — Questions soulevées par l'exécution des travaux. 127

CHAPITRE PREMIER

DURÉE DES TRAVAUX

35. — Généralités. 128

SECTION. I. — *Commencement des travaux.*

36. — Délai de prise de possession des chantiers. 129
37. — Evénements modifiant ce délai. — Force majeure. — Insuffisance des études préparatoires. 130

SECTION II. — *Durée de l'exécution.*

38. — Généralités. — Evénements pouvant modifier le délai fixé. 131
§ I. — Cas fortuits 132
39. — Définition des cas fortuits. — Distinction. — Double problème. — Espèces. — Effet ordinaire des cas fortuits. . . 132
40. — Cas fortuits inévitables ou prévus ou événements de force majeure. 134
41. — Cas fortuits évitables ou imprévus. — Exemple. — Difficultés imprévues d'exécution. — Effets de ces circonstances en cas de silence des conventions. 134

§ II. — Fautes du maître 137
42. — Entraves matérielles apportées à l'exécution des travaux. — Retard aux constatations et aux réceptions partielles. — Difficultés à ce sujet. 138
43. — Entraves morales. — Non payement des acomptes. . . 139
§ III. — Conséquences de la prolongation des délais. . 140
44. — Effets des fautes respectives des parties, cas où il n'est pas dû de dommages-intérêts, cas où ils sont dus au maître ou à l'entrepreneur. 140

CHAPITRE II

DROITS ET OBLIGATIONS DE L'ENTREPRENEUR PENDANT L'EXÉCUTION DES TRAVAUX

45. — Généralités. — Droits et obligations résultant des différents contrats et sous-contrats. 142

SECTION I. — *Droits et obligations de l'entrepreneur à l'égard du maître.*

46. — Délais d'achèvement. — Responsabilité. — Restitution des plans et objets du maître. 143
47. — Faculté de sous-traiter. — La faculté de sous-traiter est-elle licite ? — Droits du sous-traitant et du cessionnaire. — Responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur. . 144

SECTION II. — *Droits et obligations de l'entrepreneur à l'égard des ouvriers.*

48. — Règles générales du louage d'ouvrage et d'industrie. — Marchandage 150
49. — Droit des ouvriers. — Art. 1798, art. 1166, art. 2103 du Code civil 151
50. — Responsabilité en cas d'accidents, assurances. 152

SECTION III. — *Droits et obligations de l'entrepreneur à l'égard des tiers.*

51. — L'entrepreneur est responsable vis-à-vis des tiers du fait de ses préposés, non du fait de ces sous-traitants. 153

CHAPITRE III

DROITS ET OBLIGATIONS DU MAITRE PENDANT L'EXÉCUTION DES TRAVAUX

52. — Généralités. 155

SECTION I. — *Droits et obligations du maître à l'égard de l'entrepreneur.*

53. — Préparation de l'entreprise. — Paiement des acomptes. — Réceptions partielles. 156

54. — Force majeure. — Question de l'indemnité. — Principes généraux. — Art. 1790 Code civil. — Règle *res perit domino.* — Art. 1808, Code civil. — Dérogation expresse. — Caractère du travail de l'entrepreneur. — Analogie avec les travanx administratifs. 158

SECTION II. — *Droits et obligations du maître à l'égard des ouvriers et des tiers.*

55. — Responsabilité résultant de l'art. 1386 du Code civil et de la loi du 21 juin 1898. 162

TITRE IV

Fin du contrat.

CHAPITRE PREMIER

CAUSES METTANT FIN A NOTRE CONTRAT

56. — Examen général des différentes causes. 167

SECTION I. — *Résiliation volontaire.*

57. — La seule cause de résiliation volontaire est le consentement mutuel des parties. 169

SECTION II. — *Cas fortuit empêchant l'exécution de l'entreprise.*

58. — Généralités. 170

§ I. — Cas fortuit moral. — Fait du prince. 172

59. — Généralités 172

60. — Cas fortuit empêchant l'entreprise d'être possible en droit. — Défaut d'autorisation. — Défaut ou retrait de concession . 173
61. — Cas fortuit empêchant l'entreprise d'être possible en fait. — Expulsion d'Étrangers. — Interdiction par mesure de salubrité. — Elévation des tarifs douaniers, etc. 174
§ II. — Cas fortuits matériels 175
62. — Impossibilité d'accomplir le travail prévu dans les conditions de la convention 175

CHAPITRE II

ACHÈVEMENT DE L'ENTREPRISE

63. — Détermination exacte du moment où l'entreprise prend fin. 177

SECTION I. — *Achèvement effectif du travail.*

64. — Effet de cet achèvement par rapport au contrat. — Interversion des rôles respectifs du maître et de l'entrepreneur. . . 178
65. — Effet de cet achèvement par rapport aux tiers. 179

SECTION II. — *Vérification des travaux par le maître.*

66. — Effet contractuel de la vérification. — Fin du contrat. . 180

CHAPITRE III

EFFET DE L'ACHÈVEMENT DE L'ENTREPRISE A L'ÉGARD DE L'ENTREPENEUR

67. — Généralités. — Obligations accessoires de l'entrepreneur résultant de l'achèvement de l'entreprise. 182
68. — Obligation de garantie. — Généralités. — Droit commun. — Garantie délictuelle et garantie contractuelle. — Différentes garanties édictées par le Code à l'égard des entrepreneurs . . 183

SECTION I. — *Garantie de l'article 1792 du Code civil.*

69. — Caractère et discussion de cet article. — Droit d'exception. — Domaine d'application 185
70. — Conséquence de cet article. — Charge de la preuve. — Présomption de fraude. — Inapplication à nos entreprises. . 190

SECTION II. — *Garantie de l'article 2270 C. civ.*

71. — L'article 2270 est une disposition de faveur. — Droit commun. — Comparaison à l'article 1792. — Quelle a été la pensée du législateur ? 192

72. — Interprétation ordinaire de l'art. 2270. — Il s'applique à tous ouvrages. — Diverses explications proposées. 194

SECTION III. — *Garantie du droit commun, articles 1382 et 1383 du Code civil.*

73. — Faute de l'entrepreneur entraînant la garantie. — Degrés dans cette faute. — Les articles 1382, 1383 et 2270 sanctionnent la faute de l'entrepreneur. 196

74. — Distinction par les résultats de la faute. — Action en garantie dure 10 ans. — Action en dommages-intérêts dure 30 ans. — Point de départ de ces deux actions. 197

CHAPITRE IV

EFFETS DE L'ACHÈVEMENT DE L'ENTREPRISE A L'ÉGARD DU MAITRE

75. — Double obligation à la charge du maître. 201

SECTION I. — *Réception.*

76. — Examen de l'ouvrage — Expertise contradictoire. — Procès-verbal de réception 201

SECTION II. — *Payement du prix.*

77. — Cas où aucun forfait n'a été stipulé. — Acceptation des comptes de l'entrepreneur. — Bénéfice stipulé. — Utilité des travaux. — Dommages résultant de la force majeure. . . . 205

78. — Entreprise à forfait. — Caractère du forfait. — Manifestation expresse de volonté. — Dommages résultant des événements de force majeure. — Modification au plan. — Discussion de l'article 1793. 207

TITRE V

Tribunaux compétents pour connaître des contestations auxquelles peuvent donner lieu nos entreprises.

79. — Généralités 213

CHAPITRE PREMIER

ENTREPRISES ADMINISTRATIVES

80. — Contestations en cours d'exécution et après l'achèvement. — Recours gracieux. — Recours contentieux. 214

CHAPITRE II

ENTREPRISES PRIVÉES

SECTION I. — *Droit commun.*

81. — Tribunal compétent *ratione materiæ*. — Les tribunaux de commerce peuvent-ils connaître de ces contestations? . . . 221
82. — Tribunal compétent *ratione loci*. — *Quid* si une société a plusieurs établissements importants? 221

SECTION II. — *Compromis d'arbitrage.*

83. — Généralités. — Tribunal arbitral 226
84. — La promesse de compromis est-elle obligatoire? Inexistence d'une telle clause. 226
Annexe 231

Les Entreprises privées

DE TRAVAUX PUBLICS

TITRE I

DÉFINITIONS MATÉRIELLES ET JURIDIQUES

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION MATÉRIELLE DES TRAVAUX PUBLICS

1. — Différentes acceptions du terme « Travaux publics. »
2. — Définition des « Entreprises privées de travaux publics » comment on les distingue. — Faute et Force majeure. — Exemples.
3. — Importance de cette définition.

1. — Il est bien difficile de donner un nom exact, juridiquement parlant, au genre de travaux que nous avons en vue.

Le langage technique et industriel les désigne sous le nom de « Travaux publics », mais ce terme, qui indique très nettement pour les ingénieurs quels travaux on entend, est pris dans la langue juridique avec une toute autre acception, il désigne les travaux « qui se font par les ordres et au compte du gouvernement pour l'utilité des habitants de l'empire, d'un département ou arrondisse-

ment, d'un canton ou même d'une commune (1) ».

En un mot, au lieu que le terme « Travaux publics » pris dans le sens technique définit des travaux eu égard à leur nature, pris dans le sens juridique, il les classifie eu égard au contrat dont ils représentent l'exécution.

2. — Nous nous occuperons donc ici, pour nous servir d'un terme qui les définisse clairement des « Entreprises privées de Travaux publics », c'est-à-dire d'entreprises de travaux désignés par la pratique industrielle sous le nom de « Travaux publics », mais ayant pour cause un contrat conclu entre particuliers.

Le critérium pratique sera que ces entreprises exigent des connaissances spéciales de la part de celui qui les dirige ; un architecte, quoique connaissant parfaitement son art, serait la plupart du temps incapable de les diriger ; elles rentrent dans le domaine de l'ingénieur, les beaux-arts n'y tiennent qu'une place dérisoire et souvent nulle.

C'est du règne de Louis XIV que date d'une façon précise cette distinction entre les architectes et les ingénieurs. L'éminent architecte Mansard, institué par le roi « intendant des bâtiments », fut chargé de la construction d'un pont en pierre à Moulins, sur l'Allier ; l'illustre architecte était

(1) D. A., *Travaux publics*, 1.

étranger à toute étude de l'art hydraulique ; il ne sut ni prévoir, ni calculer le volume et la puissance des eaux dans les crues ; aussi en peu d'années son pont s'écroula, et cet échec personnel fût favorable au corps des ingénieurs. Ceux-ci firent connaître, en cette occasion, qu'à côté de « l'architecture des bâtiments civils », il y avait un ordre de construction plus savant et plus varié dans ses ressources qui s'appliquait aux grands ouvrages d'utilité publique, visant à la solidité plutôt qu'à la décoration monumentale, et qui est du ressort des « ingénieurs des ponts et chaussées (1) ».

Actuellement, la science progressant, la différence est encore plus nette.

Des écoles spéciales, distinctes de celles qui forment les architectes, préparent les ingénieurs appelés à les exécuter et donnent un enseignement *ad hoc* ; telles sont les différentes écoles de ponts et chaussées et de mines. L'Etat l'a parfaitement compris et fait une grande distinction entre le personnel des ponts et chaussées, des mines et ses architectes, même les inspecteurs des bâtiments civils ; le mode de recrutement qu'il a adopté pour chacun de ces corps indique clairement la différence des connaissances nécessaires

(1) Pour tout l'historique des *Travaux publics*, consulter le résumé très bien fait du Dalloz (D. A., *Travaux publics*).

à chaque genre : les ingénieurs sortent de l'Ecole Polytechnique pour aller ensuite dans une école d'application, mais reçoivent tous cette forte éducation scientifique qui leur est indispensable ; les architectes, au contraire, proviennent pour la plupart de l'Ecole des Beaux-Arts et ont une instruction scientifique très superficielle.

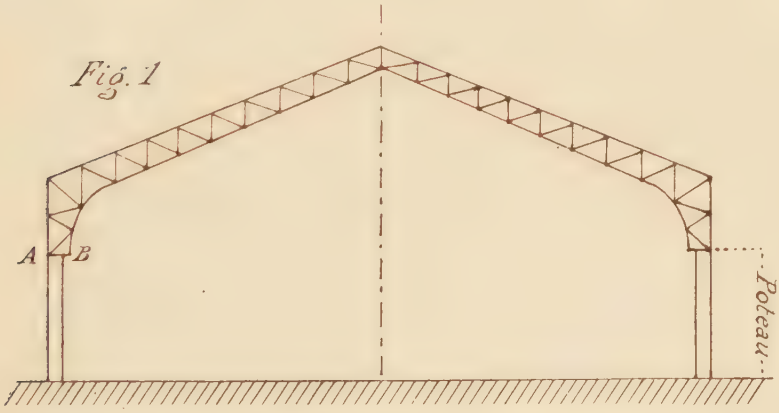
On nous comprendra facilement par les exemples; il est évident qu'il n'y a que bien peu de points communs entre la construction d'une maison ou d'un édifice, même aussi imposant qu'on peut l'imaginer, et celle d'une voie de chemin de fer, d'un canal, d'une route, d'un port ou l'aménagement d'une mine. Les premières sont relativement simples et en tous cas bien connues ; les secondes, au contraire, sont extrêmement complexes, nécessitent souvent l'emploi de procédés tout à fait scientifiques dans lesquels l'empirisme n'a que peu de place au lieu qu'il domine pour les constructions architecturales.

Soit, par exemple, l'établissement d'une voie de chemin de fer ; l'infrastructure exigera souvent des ouvrages d'art, des travaux de consolidation du sol, des constructions métalliques, la voie elle-même pourra rendre nécessaire le percement de tunnels et dans tous ces ouvrages il sera généralement impossible d'employer des règles fixes, analogues à celles du bâtiment ; les circonstances

imprévues joueront souvent un rôle énorme et la science quelque perfectionnée qu'elle soit sera impuissante devant les mystères ou les forces de la nature. Ce qui passera aux yeux de bien des gens pour un vice de construction engageant la responsabilité de l'entrepreneur ne sera en réalité que la conséquence d'un fait imprévu ou inévitable dans l'état actuel de la science et qui devrait être considéré comme cas de force majeure.

Prenons un exemple relativement récent.

Tout le monde a pu admirer, à l'Exposition de 1889, la galerie des machines ; pour tous elle représente une œuvre grandiose, pour les ingénieurs elle était quelque chose de plus ; elle était, à cette époque, un progrès scientifique.

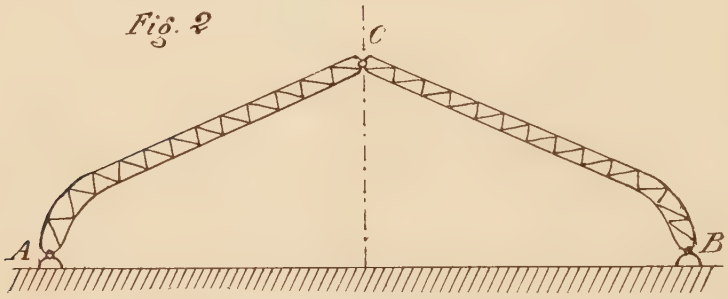


Ferme de la gare de Calais.

En effet, dans les anciennes constructions mé-

talliques (Fig. I), les poteaux sont distincts de la ferme, le calcul de la résistance du repos A B. est difficile, car la poussée se répartit sur une grande surface, de plus la rigidité est un inconvénient dans les grandes fermes ; si par suite de variations de température, appréciables même dans nos climats, des dilatations ont lieu, il se développe de nouvelles forces que rien ne combat et qui sont très susceptibles de détruire le bâtiment ou tout au moins de l'endommager gravement.

Fig. 2



Ferme de la Galerie des Machines.

Dans la galerie des machines (Fig. II), au contraire, il y a trois rotules A. B. C. qui soutiennent toute la charpente ; les forces passent toutes par ces trois points, d'où une grande facilité dans le calcul des éléments de la ferme et de plus, si une dilatation du métal se produit, il en résulte simplement une élévation du sommet C à cause de la fixité des points A et B et de l'articulation du système. En un mot nous avons là un très réel progrès. Néanmoins les rotules A. B. C. sont nécessairement des pièces forgées et il est impos-

sible de pouvoir compter absolument sur la résistance d'une pièce forgée car, par suite de son mode de fabrication, une telle pièce peut renfermer un défaut imperceptible : une paille que n'a pas chassée le martelage, qui peut devenir un point de départ d'oxydation du métal et qui ne peut révéler sa présence qu'à la seule rupture de la pièce. En sorte que, malgré le très réel progrès réalisé par cette construction, sa destruction, si elle se produisait, n'étonnerait que médiocrement les ingénieurs ; il n'y aurait aucune faute de la part des constructeurs : ils auraient même rendu service à la science ; ce serait là un cas de force majeure scientifique et cependant, si pareil fait donnait lieu à une instance judiciaire, les tribunaux seraient certainement tentés de voir là un fait de nature à engager la responsabilité du constructeur.

3. — Si nous insistons sur cette distinction entre les entreprises de travaux que nous étudions et celles qui ont pour but la simple construction d'une maison, c'est que la jurisprudence et même la doctrine, trompées par une fausse analogie, toute d'apparence, les ont souvent confondues et ont appliqué à notre cas des règles que le législateur a édictées spécialement en vue des architectes et entrepreneurs de bâtiments, règles qui dérogent au droit commun et, par suite, sont rebelles à toute extension.

CHAPITRE II

CARACTÈRES JURIDIQUES DU CONTRAT

4. — Silence du Code civil à notre égard — différents systèmes proposés.

5. — Premier système. — Nos entreprises constituent-elles une vente ? Non. — Discussion de ce système. — Nous sommes en opposition avec les principes de la vente.

6. — Nous sommes en présence d'un contrat de louage.

7. — Deuxième système. — Notre contrat constitue-t-il un louage par suite de devis et marchés tel qu'il est exposé dans le Code civil ? — Considérations générales. — Edifices et bâtiments. — Corps d'Etat du bâtiment et article 1799 du Code civil. — Unité de rédaction de cette Section du Code civil. — Différentes interprétations doctrinales des mots entrepreneurs et ouvrages. — Art. 1792 et 2270. — Les ouvrages visés par le législateur ont une importance moindre que la construction totale d'une habitation. — Conséquences de l'application de la section des Devis et Marchés à nos entreprises. — Différences quant à la situation des parties entre nos entreprises et les constructions d'habitation. — Fraude de l'entrepreneur. — Art. 2270 du Code civil.

8. — Troisième système. — Notre contrat est-il analogue à celui du louage des gens de travail ? Non. — Discussion. — Exposé des motifs du Code civil.

9. — Quatrième système. — Nous sommes en présence d'un louage innommé, régi par les règles du Titre des obligations applicables à tous les contrats. — Nature juridique du contrat et interprétation des clauses qu'il peut contenir.

4. — Maintenant que nous avons défini matériellement les entreprises que nous étudions, il

nous faut examiner quelle est la nature juridique du contrat auquel elles se rattachent.

Plusieurs opinions peuvent se présenter à l'esprit, car le Code étant, comme nous le verrons, muet sur ce point, il y a difficulté à classer notre contrat parmi ceux qu'il a organisés de toutes pièces.

Examinons donc les différents systèmes qui ont été soutenus et qui se présentent d'ailleurs tout naturellement à l'esprit.

5. — Une première opinion doit être rejetée *de plano*, c'est celle qui consisterait à regarder notre contrat comme une vente d'une chose, l'entreprise étant une fois achevée. Si cette question peut être l'objet d'une discussion quand un ouvrier s'engage à faire un travail sur une matière, il ne saurait en être de même ici.

Quand bien même l'entrepreneur fournirait les matériaux dont il peut avoir besoin, il est clair que cette fourniture est bien peu de chose, comparée au travail.

Ici c'est le sol lui-même qui sera le plus souvent travaillé. Déjà Pothier (n° 394), en vertu de la règle *accessorium sequitur principale*, disait qu'il y avait louage et non pas vente quand un entrepreneur bâtissait avec des matériaux à lui sur le terrain d'autrui, car le principal était le terrain. Cette opinion a été adoptée par la jurisprudence et l'unanimité de la doctrine, elle est en effet rationnelle et

doit *a fortiori* s'appliquer à notre cas. Mais nous y voyons une autre raison que celle qui consiste à dire que la matière fournie par l'ouvrier étant moins importante que celle fournie par le maître, il en résulte qu'il y a louage ; pour nous c'est parce que tous les matériaux fournis sont peu importants vis-à-vis du travail et de la main d'œuvre nécessaires ; en un mot, c'est parce que le côté personnel fourni par l'entrepreneur est de beaucoup supérieur au côté matériel. De même on ne considérera jamais comme une vente, le contrat par lequel un acteur s'engagerait à jouer un rôle, bien qu'il fournisse ses costumes et ses fards.

Il ne faut pas oublier que la vente est de son essence un contrat immédiat, non que son exécution ait toujours lieu instantanément ; mais normalement et dans la plus simple expression du contrat, il doit en être ainsi.

Nous devons donc écarter complètement cette opinion.

6. — Il est bien clair que nous avons ici un contrat rentrant dans le louage ; tout l'indique quant à sa nature et à son exécution.

Est-ce une variété de louage déterminée par le Code ? telle est la question la plus importante que nous puissions nous poser.

Il ne saurait être évidemment ici question que du louage d'ouvrage et d'industrie : soit donc du

louage d'ouvriers, soit du louage d'entrepreneurs par suite de devis et marchés.

7. — De prime abord il semble que notre contrat rentre bien dans la catégorie des devis et marchés ; cette opinion a été suivie par quelques décisions judiciaires que nous retrouverons dans le cours de cette étude ; la doctrine est partagée : quelques auteurs pensent que le Code en parlant de marchés et devis a compris dans ce terme tous les contrats faits sous cette forme indépendamment de la nature de la prestation.

Pour nous, nous sommes d'un avis contraire et nous pensons que les règles que le Code a spécialement édictées dans la section des devis et marchés ne doivent pas être appliquées.

Tout d'abord une considération générale s'impose : à l'époque de la confection du Code civil, les grandes entreprises que nous avons en vue n'existaient pour ainsi dire pas et nous avons vu combien elles sont par leur nature différentes des constructions de bâtiments. De même que toutes les autres branches de l'industrie, elles n'étaient pas prévues par le législateur, comme le montrent toutes les lois postérieures et les décisions administratives qui sont venues compléter le Code sur ce point et suppléer à son silence par des conventions conclues d'ordinaire entre les parties et autorisées par les dispositions si extensives de l'article 1134, c. civ.

De plus, aucune loi postérieure n'a modifié les articles 1787 à 1799 du Code civil ; ils sont tels que les ont rédigés les premiers rédacteurs du Code ; or le Code date du début du XIX^e^ siècle, et l'industrie a fait un progrès considérable durant le cours de ce siècle ; à peu près nulle et en tous cas peu répandue à son début, elle s'est presque subitemen développée et sa marche a été aussi rapide que prodigieuse ; le chemin parcouru est énorme et elle a forcément laissé bien loin derrière elle des institutions centenaires et forcément surannées.

Donc la première impression générale et superficielle est une impression de défiance : le législateur n'a pas eu en vue nos entreprises qui n'existaient pas à son époque et il nous paraît peu probable qu'on puisse étendre au delà de leurs limites naturelles des articles qui dérogent au droit commun, étant donné surtout que cette extension assimile à la construction d'une habitation des entreprises qui en diffèrent totalement.

Entrons maintenant dans l'examen de cette section des devis et marchés ; cet examen confirme absolument notre première impression.

Pour désigner les prestations, le législateur se sert des termes « Edifices » (art. 1792), « bâtiment et autres ouvrages ». Nous devons rapprocher ces termes de ceux de l'art. 2270 où le législateur parle de « gros ouvrages ».

Quant au locateur, il est désigné sous le nom d' « architecte » ou d' « entrepreneur ».

Les mots « édifices », « bâtiments » ont par eux-mêmes un sens assez précis ; ils désignent des constructions se rattachant au type « habitation » (1).

Les mots architectes et entrepreneurs désignant les constructeurs, nous confirment encore ce sens. Le Code parle d'un genre de travail, bien déterminé, de tout ce qui concerne les industries que la technologie désigne sous le nom de « corps d'état du bâtiment », qui toutes concourent à la construction de l'édifice et correspondent aux différents travaux qu'on doit exécuter séparément pour arriver à une bonne exécution suivant le principe de la division du travail.

Les principaux corps d'état du bâtiment sont (2) :

« 1° La *terrasse* (3) qui comprend les fouilles, les déblais et remblais, les transports de terres, les tranchées, les dressements du sol.

(1) Littré, « Bâtiments », toute construction servant à loger soit hommes, soit bêtes, soit choses.

Littré, « Edifices », grand bâtiment, palais, temple.

Dalloz, R. A. « Bâtiment », se dit de toute construction destinée à l'habitation des hommes et des animaux.

(2) Denfer, *Maçonnerie*, p. 7.

(3) Il ne faut pas confondre la *terrasse* dont le rôle se borne à faire le nécessaire pour l'établissement des caves des habitations, considérables quelquefois, avec le *terrassement*, qui est une variété d'entreprise de Ponts et Chaussées, comprend des mouvements de terrain beaucoup plus considérables et surtout beaucoup plus étendus et rentre dans les *Travaux publics*.

« 2° La *maçonnerie* qui s'occupe de la confection des massifs, murs, voûtes, hourdis de plancher, enduits de toutes sortes, etc.

« 3° La *charpente* qui construit l'ossature en bois ou en fer des planchers, pans de bois, pans de fer, combles, escaliers, cintres, étaiements, etc.

« La *charpente en bois* et la *charpente en fer* sont deux spécialités distinctes.

« 4° La *couverture* qui exécute les revêtements des combles en matériaux imperméables, tels que les tuiles, les ardoises, les feuilles métalliques, etc.

« 5° La *plomberie* qui a trait aux ouvrages exécutés en plomb, tels que les canalisations d'eaux et de gaz et, par extension, les canalisations similaires en fonte, en fer, etc.

« 6° La *menuiserie* qui exécute et monte les portes, les croisées, les parquets et tous les menus ouvrages en bois.

« 7° La *serrurerie* qui établit, comme son nom l'indique, les serrures, mais aussi les ferrements de toutes les parties mobiles et fixes du bâtiment, ainsi que les ouvrages entièrement en fer, portes, croisées, grilles, grillages, etc.

« Les entrepreneurs de serrurerie font également les charpentes en fer de petite ou de moyenne importance.

« 8° *La fumisterie,* chargée de l'arrangement intérieur des cheminées, de la construction et de

la pose des poëles et fourneaux, et des calorifères, etc.

« 9° La *marbrerie* : scie, taille et débite les marbres et pierres dures, susceptibles de recevoir le poli pour en faire des revêtements, des cheminées, des marches d'escalier, des dallages, etc.

« 10° *La peinture* : garantit ou colore nos constructions diverses, en les recouvrant d'une couche mince d'un liquide mélangé de certaines matières impalpables, qui se solidifie en peu de temps en formant un corps adhérent.

« La peinture comprend quelques autres spécialités, comme la *vitrerie*, la *parure*, la *tenture* et la *miroiterie*.

« 11° Le *pavage* comprenant aussi le *granit*, l'*asphalte*, l'*ardoisie* (ouvrages et dallages en schistes, ardoisiers épais), spécialités qui toutefois sont souvent exercées séparément.

« Il faut enfin citer, pour compléter la liste des corps d'état du bâtiment, les *stucs*, l'*ornementation* en pâtes, etc.

« Cette énumération fait pressentir la diversité des travaux nécessaires à l'exécution d'une construction, où le concours de beaucoup de ces corps d'état, de tous quelquelois, est indispensable. »

Rapprochons de cette énumération celle de l'article 1799.

Cet article fut inséré dans le Code à la suite

d'une demande de la Cour de Lyon qui faisait remarquer que les règles de l'entreprise devaient être étendues à tous les ouvriers pour favoriser les communes pauvres où il y a peu d'entrepreneurs généraux. Le législateur a donc énuméré dans cet article les principales professions dont les ouvriers sont suceptibles d'exécuter les différents genres de travaux qu'il vise dans la section des devis et marchés et nous voyons qu'il cite en première ligne les maçons, charpentiers, serruriers, c'est-à-dire les principaux corps d'état du bâtiment.

Cette section présente d'ailleurs une parfaite unité de rédaction, il est question uniquement d'habitation, d'architectes et de bâtisse; il est bien clair que si le législateur avait entendu parler de toute entreprise, comme le prétendent ceux qui appliquent les articles de cette section aux Travaux publics, la demande de la Cour de Lyon aurait été sans objet; un ouvrier qui fait de l'entreprise est un entrepreneur au sens le plus général du mot; l'extension des art. dans ce sens, en l'absence de l'article 1799, aurait étécertainement plus légitime que dans le sens compréhensif.

D'après cette remarque il est donc évident que le législateur a entendu donner à cette section une portée essentiellement restreinte et les travaux publics n'y sont nullement visés, surtout étant

donné leur peu d'extension à cette époque et leur complète différence technique de l'entreprise de bâtisse.

La doctrine et la jurisprudence (1) sont pourtant partagées ; quelques auteurs et quelques décisions considèrent sans hésiter les travaux de ponts et chaussées comme analogues à une entreprise quelconque de maison d'habitation. Une fois sur cette pente, la logique la plus élémentaire veut qu'on étende aussi par voie de conséquence les règles des devis et marchés à l'aménagement d'une mine par exemple ; personne ne l'a osé et cependant de tels travaux sont beaucoup plus près des entreprises de ponts et chaussées que celles-ci des constructions d'habitation.

D'autres auteurs sont plus respectueux des paroles du législateur et tournent la difficulté en jouant sur les mots : Evidemment, disent-ils, on ne saurait considérer comme bâtiment un chemin de fer, mais le législateur parle aussi d'ouvrages et tous les travaux de ponts et chaussées sont des

(1) Entre autres : Cassation, 19 mai 1851 (D., 51, 1, 393) : « attendu que les entrepreneurs et architectes sont responsables pendant 10 ans des vices de construction. . . . . .

« Que cette garantie a lieu à raison de tous gros ouvrages, sans qu'il y ait à distinguer entre des constructions de maisons ou édifices analogues et des constructions de nature différente ». En l'espèce un barrage.

gros ouvrages ; ce terme est très vague et par suite très compréhensif (1).

Ces auteurs admettent donc comme nous l'interprétation restrictive, mais la restreignent aux seuls articles où se trouvent les mots « Edifices » ou « Bâtiments », ce qui conduirait à admettre dans la section des devis et marchés et dans l'article 2270 qui en est pour ainsi dire détaché, une différence de rédaction qui n'existe pas ; dans toute cette section le législateur a visé les corps d'état du bâtiment et non pas seulement dans quelques articles spéciaux, alors que dans les autres il par-

(1) M. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. III, p. 462, fait un raisonnement analogue à propos de l'art. 2270 ; il étend cet article aux Travaux publics à cause du terme « gros ouvrages ». Nous considérons aussi cette extension comme légitime, mais pour une toute autre raison. Pour nous, le terme « gros ouvrages » ne comprend pas les entreprises de Ponts et Chaussées. — « D'après l'opinion générale, l'art. 2270 est venu compléter l'art. 1792 dont les termes étaient trop peu compréhensifs. L'art. 1792 parle de la construction d'un édifice et suppose que cette construction a été entreprise à prix fait. Le principe d'interprétation restrictive, applicable à tous les textes qui dérogent au droit commun, n'aurait guère permis d'étendre sa disposition aux constructions autres que celles d'un édifice, par exemple à la construction d'une digue, d'une chaussée, d'un pont... ni à la construction d'un édifice entreprise autrement qu'à prix fait. Ces restrictions n'auraient eu aucune raison d'être, à vrai dire, et c'est grâce à l'art. 2270 que l'interprète n'est pas condamné à les admettre.

« Ce texte est, en effet, conçu dans des termes beaucoup plus larges que l'art. 1792 ; il parle de gros ouvrages, expression qui, dans sa généralité, comprend toutes les constructions, quelles qu'elles soient et de quelque manière qu'elles aient été entreprises à prix fait ou autrement. »

lerait de toutes les entreprises. La discussion sur l'art. 1799 que nous avons exposée vient démentir cette assertion.

La jurisprudence va plus loin et admet que l'art. 2270 a été rédigé seulement pour étendre aux Travaux publics les dispositions de la section des devis et marchés. Notre opinion à nous est opposée en tous points : L'art. 2270 doit établir originairement la responsabilité de 10 ans, en dehors de prix faits, mais toujours pour des habitations.

Un arrêt de cassation du 1er décembre 1868 (D. P. 72, 1, 65) déclare que les dispositions des art. 1792 et 2270 C. civ., relatives à la responsabilité des architectes et entrepreneurs, ne sont applicables *qu'aux travaux à prix faits*. Il est certain que cet arrêt ne saurait alors distinguer le domaine d'application de l'art. 2270 de celui de l'art. 1792 qu'en se basant sur la nature de l'ouvrage et en réservant l'art. 1792 aux entreprises de construction de maison (1).

Cette opinion respecte la parole du législateur, mais ne respecte pas sa pensée qu'elle cherche à tourner par une distinction subtile. Evidemment en s'en tenant à la lettre du Code « gros ouvrages »,

(1) La jurisprudence est ensuite revenue dans notre sens en admettant que l'art. 1792 seul exige des prix faits. Cassation, 26 nov. 1873. D. P., 75, 1, 20.

on peut considérer toutes les entreprises comme gros ouvrages et par suite appliquer aux travaux publics tous les articles où le Code ne parle pas spécialement d'édifices ou de bâtiments. Seulement on entend ce terme dans un sens tout différent de celui du législateur ; on considère des ouvrages très importants et surpassant les bâtiments ; c'est-à-dire que, d'après cette opinion, « bâtiment » serait la limite inférieure des gros ouvrages, tandis que le législateur dit le contraire ; pour lui les gros ouvrages sont toujours moins importants que les bâtiments et même, le plus souvent, ils n'en seront qu'une partie : l'œuvre distincte d'un corps d'Etat. Ce terme est opposé à celui de menus ouvrages et désigne généralement un ouvrage exécuté sur un immeuble, par opposition à ceux exécutés sur des meubles.

Dans l'article 1791, le législateur parle d'ouvrages faits à pièces ; il est bien évident que ceci ne suppose pas une entreprise considérable.

Dans la discussion au Conseil d'Etat, M. Béranger disait que : « L'art. 1790 se rapporte à tout ouvrage quelconque, au lieu que l'art. 1792 établit une règle particulière pour les ouvrages dirigés par un architecte. Cette distinction est nécessaire. On peut facilement vérifier si un meuble est conditionné comme il doit l'être ; aussi dès qu'il est reçu, il est juste qu'un ouvrier soit déchargé de

toute responsabilité ; mais il n'en est pas de même d'un édifice; il peut avoir toutes les apparences de la solidité et cependant être affecté de vices cachés qui le fassent tomber après un laps de temps. L'architecte doit donc en répondre pendant un délai suffisant pour qu'il devienne certain que la construction a été solide. »

Ces paroles montrent donc que ces gros ouvrages comprennent des travaux exécutés sur des immeubles, par suite relativement peu considérables, n'offrant pas un tout complet et à coup sûr moins importants que la construction entière du bâtiment ; nous restons toujours au-dessous de cette limite (1).

Cela est de toute évidence.

(1) Dans ce sens :

Clameragan : « L'art. 1792 s'applique-t-il à toute espèce de constructions ? Non, l'article lui-même ne parle que d'un édifice, ce qui suppose une construction neuve. L'art. 2270 qui s'occupe aussi de la responsabilité de l'architecte ne parle que de *gros ouvrages*. Donc quand il s'agit de *menus ouvrages*, de réparations ordinaires, on reste sous l'empire du droit commun. L'architecte est déchargé par la réception ».

Remarquer la pensée de l'auteur, il craint qu'au point de vue matériel il puisse y avoir confusion entre les gros et les menus ouvrages.

Troplong (Louage, 1004), « au surplus il n'y a pas de différence entre l'art. 2270 et l'art. 1792 quant à la nature des ouvrages qui donnent lieu à la garantie décennale. Les deux articles s'accordent dans cette pensée qu'il faut que ce soit ou la construction d'un édifice neuf, ou *tout au moins* la construction de gros ouvrages ».

L'expression « tout au moins » indique bien que l'auteur considère un gros ouvrage comme inférieur à l'ensemble d'un bâtiment.

L'extension aux travaux publics des règles des devis et marchés peut être commode dans la pratique judiciaire ; mais on applique ainsi le Code contre l'esprit du législateur qui n'a pas eu en vue, comme le montre clairement son œuvre, des entreprises d'une importance considérable, réunissant le plus souvent de nombreux contrats, à peu près inconnues à son époque, et qui techniquement sont très différentes des entreprises de simple bâtisse visées seules par lui ; et la conséquence de cette extension est extrêmement grave, car elle conduit à un résultat inique : elle applique à nos entreprises des mesures de défiance qui ne sont nullement justifiées à leur égard.

Quel est en effet le but que se propose le législateur dans la section des devis et marchés ? Il veut protéger un homme ignorant des règles de l'art, le propriétaire, contre les fraudes que peut commettre à son préjudice l'entrepreneur et pour cela n'hésite pas à établir des mesures extrêmement sévères à l'égard de ce dernier. Tels sont les articles 1792, 1793 et 1794, et cette défiance est clairement exprimée dans les travaux préparatoires.

Le projet de rédaction de l'article 1792 portait en sa partie finale cette disposition : «..... pendant dix ans, à moins qu'il ne prouve avoir fait au maître les représentations convenables pour le

dissuader de bâtir ». Cette phrase fut écartée sur la demande des Cours de Nancy et de Lyon (demande soutenue par MM. Réal, Tronchet et Bigot-Préameneu). Pourquoi ? parce qu'un architecte ne doit pas suivre les caprices d'un propriétaire assez insensé pour compromettre sa sûreté personnelle en même temps que la sûreté publique.

Voici les paroles que prononça M. Treilhard dans la discussion au Conseil d'Etat :

« Il n'y a aucun inconvénient à être sévère à l'égard de l'architecte, car le propriétaire ne connaît pas les règles de la construction ; c'est à l'architecte à l'en instruire et à ne pas s'en écarter par une complaisance condamnable ».

M. Réal ajoute une observation dont la portée est digne d'attention :

« Les architectes, pour déterminer les propriétaires à construire, cherchent ordinairement à leur persuader que la dépense sera modique ; peut-être y a-t-il lieu de craindre, si on leur fournit un moyen de ne pas répondre des mauvaises constructions, qu'ils ne prennent plus aucun soin de rendre les édifices solides (1). »

Le législateur a donc, de toute évidence, voulu

(1) Dans ce sens : Troplong, Louage, n° 994, « Le propriétaire ignore les règles de la bâtisse ; il a besoin d'être éclairé par l'architecte, et celui-ci ne peut dès lors trouver que dans sa propre imprudence la cause de sa ruine ».

prendre la défense du propriétaire ignorant contre un architecte ou un entrepreneur qui cherche à l'exploiter en l'entraînant à des dépenses considérables, et, en bâtissant lui-même de façon défectueuse, à très bon marché.

D'ailleurs ces présomptions légales que la mauvaise construction est due à la fraude de l'architecte ou de l'entrepreneur n'ont rien d'injuste ; les règles de la bâtisse sont très simples, l'imprévu à peu près nul, et il est très probable que si la construction en est correctement faite, l'édifice doit durer au moins pendant dix ans.

Si d'ailleurs la destruction se produit, l'entrepreneur a toujours le droit de prouver qu'il n'y a pas faute de sa part et qu'il y a un accident causé par la force majeure : la charge de la preuve lui incombe seulement et ce n'est que justice ; dans le doute, la présomption se tourne contre lui. La jurisprudence lui est d'ailleurs très bienveillante, car elle le décharge de toute responsabilité ; s'il prouve avoir construit suivant les règles ordinaires de la construction, il est complètement garanti par ces règles et n'a pas à souffrir si elles sont défectueuses (1). Il y a donc bien une présomption lé-

(1) Cassation, Ch. civ. 24, nov. 1875 (D. P., 77, 1-30). Espèce. Le sieur Jauffret avait construit dans une maison appartenant aux époux Barbaroux de Megy un escalier ; au bout de quelque temps on s'aperçut que cet escalier flanchait ; une instance judiciaire fut engagée

gale au sens général du mot, mais non une présomption légale *stricto sensu*, car tous les auteurs

qui aboutit à un arrêt de la Cour d'Aix, du 29 décembre 1873, déboutant les époux Barbaroux de Mégy ; ces derniers se pourvurent en Cassation et la Cour suprême rejeta le pourvoi par l'arrêt suivant :

« La Cour : sur le moyen unique du pourvoi, attendu qu'il ne s'agit pas dans la cause de la destruction totale ou partielle d'un édifice construit à prix fait ; que, dès lors, il n'existe aucune présomption de faute contre les entrepreneurs et que l'art. 1792 est inapplicable à l'espèce ; que, si les dégâts dont la réparation était demandée, et qui, suivant les constatations de l'arrêt attaqué, n'affectaient qu'une des travées de l'escalier, et quelques parties de charpentes, rentraient dans la catégorie des gros ouvrages, au sujet desquels l'art. 2270 édicte une garantie de 10 ans contre l'architecte ou l'entrepreneur, ils ne pouvaient cependant engager la responsabilité de celui-ci qu'autant qu'ils seraient provenus de malfaçons ou de tout autre vice imputables à sa faute ;

« Attendu que, loin de relever aucune faute à la charge des défendeurs, l'arrêt attaqué constate au contraire en termes formels d'après le résultat d'une expertise : 1° qu'il n'existe dans la maison par eux édifiée pour le demandeur aucune malfaçon ni vice de construction condamnable ; 2° que le fléchissement de quelques poutres provient, non d'un défaut de solidité, mais seulement d'une dessication du bois qui se produit dans toutes les constructions ; que les planchers ne présentent aucun danger, ni actuellement ni pour l'avenir ; 3° qu'en employant une carcasse en bois pour soutenir les volées de l'escalier de marbre, conformément aux usages locaux, les défendeurs n'avaient fait que suivre les procédés en vigueur à l'époque de la construction ;

« Attendu que de l'ensemble de ces déclarations, qui rentraient dans leur domaine exclusif, les juges du fond ont pu conclure, comme ils l'ont fait, que les défendeurs n'avaient commis aucune faute dans la construction dont il s'agit ; d'où il suit qu'en décidant, en cet état des faits, que la responsabilité des entrepreneurs n'était pas engagée envers le demandeur, l'arrêt attaqué n'a violé aucune loi. P. C. M.

admettent que la preuve contraire peut être faite, c'est là d'ailleurs l'évidence même, il ne saurait y avoir doute en tous cas, et quand la preuve peut être faite, on doit l'admettre ; en un mot ce n'est pas une présomption *juris et de jure*.

Dans les entreprises que nous étudions, la situation des parties est complètement différente. Là le maître sera tout aussi capable que l'entrepreneur ; il lui imposera souvent des méthodes de travail qui lui offriront le plus de garanties, toujours il le fera surveiller par ses ingénieurs, et s'il lui laisse cependant une large part d'initiative, il sera quand même vis-à-vis de lui un peu dans la situation d'un architecte vis-à-vis d'un entrepreneur. Celà résulte de la nature même de l'entreprise ; quand, par exemple, un entrepreneur est chargé d'établir une voie de chemin de fer, il est assujetti à un tracé qui lui est imposé ; et tous ceux qui ont étudié cette question savent que le tracé est pour ainsi dire le point capital de l'en-

Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Aix du 29 décembre 1873. »

Il s'agit donc ici de l'art. 2270 et non de l'art. 1792, d'ailleurs peu importe ; comme nous le verrons plus tard, la différence entre ces deux articles consiste à intervertir la charge de la preuve ; et dans l'espèce actuelle la preuve a été faite, on a constaté devant les juges du fond que l'escalier flanchait par suite de la dessication du bois; devant la Cour suprême il n'y avait donc aucune différence entre les art. 2270 et 1792 et cet arrêt pose en principe que la responsabilité du constructeur est dégagée quand il s'est conformé aux règles de l'art.

treprise; il impose nécessairement certains travaux puisqu'il impose le passage sur un terrain déterminé. Il n'y a plus entre les parties cette situation d'infériorité technique que le législateur redoutait et qui, nous l'avons vu, l'a seule conduit à édicter cette section des devis et marchés. Le plus souvent, l'entreprise ne sera qu'une sous-entreprise.

De plus, le travail, tout en étant plus considérable,est beaucoup mieux déterminé ; dans la construction d'une maison, l'architecte peut amener le propriétaire à faire des modifications coûteuses, soit en augmentant les ornements de la façade, soit en agrandissant le plan, soit de tout autre manière car le but est très varié ; on peut élever sur le même terrain une masure ou un palais et le législateur ne veut pas que le propriétaire qui a l'intention de bâtir une maison modeste se trouve finalement amené sans s'en apercevoir, par suite de changements insidieusement proposés et dont il ne comprend pas l'importance, à avoir édifié un château extrêmement coûteux.

Le législateur s'est même très appesanti sur cette idée, et c'est presque sur ce seul point que les orateurs chargés de présenter le projet du Code civil attirent l'attention des membres des diflérentes assemblées en ce qui concerne les devis et marchés.

Voici en effet ce que dit le rapport fait au Tribunat par le tribun Mourricault, au nom de la section de législation :

« Ce n'était pas assez de déterminer sur qui, selon les circonstances, devait tomber la perte, tant de l'ouvrage que de la chose ; il fallait encore prévenir un abus trop commun en matière de construction. C'est celui qui résulte des changements que les entrepreneurs, après avoir fait leurs plans, devis et marchés, se permettent souvent, des changements dont ils se font un prétexte pour sortir des limites tracées par la convention, et qui entraînent aisément la ruine des propriétaires ainsi dérangés dans leurs spéculations. Le projet, pour y pourvoir, statue, d'une part, que lorsqu'un architecte ou entrepreneur se sera chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne pourra demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte d'augmentation de la main d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faites sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire. »

Et le discours prononcé au corps législatif par le tribun Jaubert, l'un des orateurs chargés de présenter les vœux du Tribunat :

« Il était impossible, dans le classement de cette partie de la législation, de ne pas s'occuper de la réforme d'un abus dont nous ne voyons que trop d'exemples.

« Un architecte ou un entrepreneur se charge de la construction, à forfait, d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol. Le propriétaire avait calculé la dépense qu'il voulait faire et qu'il pouvait faire ; cependant l'architecte vient parler d'augmentation de prix. Il ne manque pas de prétextes. Ici c'est l'augmentation de la main-d'œuvre ; là c'est l'augmentation des matériaux. Quelquefois aussi l'architecte a fait quelque changement sur le plan, il a fait des augmentations qu'il prétend être nécessaires ou utiles, ou du moins agréables ; et sur cela de longues et coûteuses contestations. L'architecte invoque la règle, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Il prétend que le propriétaire a été instruit des augmentations, qu'il les a tacitement approuvées, que du moins il ne les a pas contredites ; qu'on ne fera aucun tort au propriétaire en l'obligeant à payer à dire d'experts. De son côté, le propriétaire dit qu'il a traité à forfait ; que si les matériaux avaient baissé de prix, il n'aurait point été autorisé à demander un rabais ; qu'il n'a point consenti aux changements ; que ces changements n'augmentent pas intrinsèquement la valeur de la chose ; que sa

position personnelle ne lui permet pas de plus grands déboursés.

« Notre loi a sagement décidé que lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction, à forfait, d'un bâtiment, d'après un plan arrêté avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte d'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faites sur ce plan, *si ces changements ou augmentations n'ont été autorisés par écrit, et si le prix n'a été convenu avec le propriétaire.* »

Dans les entreprises de travaux publics au contraire, le but est unique; une voie de chemin de fer ne peut être plus ou moins belle; elle sera toujours une voie ; de même un port ou une usine; le luxe et l'art n'existent pas. Le propriétaire sait parfaitement qu'en construisant telle ligne dont il donne le tracé, qui par conséquent est absolument déterminée, son entrepreneur ne peut faire des modifications arbitraires, lui non plus d'ailleurs, car personne ne le pourrait. Donc cette crainte de dépenses imprévues qu'a le législateur n'existe pas ici.

Quant à la présomption de faute de l'art. 1792, elle n'est nullement justifiée, les règles ne sont pas fixes et l'entrepreneur, s'adressant aux forces naturelles, ne peut être responsable de ce qu'il ne

peut ni empêcher, ni même prévoir. La présomption qui se justifie parfaitement pour l'architecte serait ici absolument injuste.

Ce n'est pas à dire que la réception déchargera absolument l'entrepreneur; il sera toujours tenu de son dol et ne saura se prévaloir d'aucune fin de non-recevoir, la fraude n'étant pas considérée comme devant trouver place dans un contrat. C'est une controverse célèbre sur laquelle nous aurons à revenir, nous pensons que la réception ne couvre pas la fraude, seulement la responsabilité sera délictuelle et la preuve en incombera au maître.

En résumé nous pensons que les entreprises de travaux publics ne sont nullement visées par la section des devis et marchés. La situation des parties n'est nullement analogue, le législateur ne les prévoit pas; c'est un droit étroit dont l'extension est absolument illégitime et produit des résultats évidemment injustes.

Nous avons contre nous plusieurs décisions de jurisprudence. Le Conseil d'Etat lui-même applique ces articles aux travaux publics, nous examinerons plus loin certaines de ces décisions, d'ailleurs elles se bornent en général à maintenir la responsabilité pour vices de construction et ce n'est pas là selon nous une conséquence de l'art. 1792; c'est une conséquence de l'art. 1382, car quand le vice est prouvé, il est clair que l'entrepreneur a sciemment

contrevenu aux règles de l'art dans un but frauduleux : l'espoir d'un gain plus fort ; il a trompé la partie adverse et c'est alors une responsabilité délictuelle qui devrait être soumise aux règles ordinaires de la prescription. Dans ce cas alors on pourra étendre légitimement l'art. 2270 car cet article a en vue la responsabilité délictuelle et comme il porte un adoucissement à la peine en permettant de la prescrire par 10 ans au lieu de 30 ans, il doit être pris dans le sens le plus large ; l'extension s'impose alors et il n'est pas besoin de considérer nos entreprises comme des entreprises ordinaires de bâtisse, car, que le législateur l'ait ou non voulu, elles rentrent dans la lettre du Code.

Donc cette seconde opinion doit être également rejetée, nos entreprises ne peuvent être assimilées à celles que le législateur a visées dans la section des devis et marchés.

8. — On ne saurait non plus considérer nos entreprises comme soumises aux règles particulières au louage des gens de travail. Ces règles sont faites pour les domestiques et ouvriers et une simple lecture de l'exposé des motifs du Code civil nous en convainc aisément. D'après les travaux préparatoires, on voit que la seule préoccupation du législateur a été dans cette section de prohiber le bail à vie.

Voici ce qui a été dit à ce sujet dans les assemblées.

Exposé des motifs de la loi relative au contrat de louage par le conseiller d'Etat Gally :

« Venons au louage d'ouvrage et d'industrie qui commence par l'article 1779. Le contrat de louage, ainsi que nous l'avons déjà dit ailleurs, a beaucoup d'analogie avec le contrat de vente ; et il est bon de remarquer ici qu'à l'égard des doutes qui peuvent s'élever sur certains contrats, s'ils sont de vente ou de louage, Justinien, dans ses *Institutes*, nous donne des règles pour les discerner.

« A l'article 1780, il est dit *qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée.*

« Il serait étrange qu'un domestique, un ouvrier pussent engager leurs services pour toute leur vie. La condition d'homme libre abhorre toute espèce d'esclavage.

« Passons maintenant aux devis et marchés... »

Rapport fait au tribunat par le tribun Mourricault au nom de la section de législation, sur la loi relative au contrat de louage :

« Le projet, dans ce chapitre, ramène les diverses locations d'ouvrage ou d'industrie à trois principales : celle des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; celle des voituriers tant par terre que par eau, qui se chargent du trans-

port des personnes ou des marchandises ; et celle des entrepreneurs d'ouvrages avec devis ou marchés. Elles forment la matière d'autant de sections.

« A l'occasion du louage des domestiques et ouvriers, il était convenable de consacrer de nouveau le principe de la liberté individuelle ; c'est ce que fait le projet, en statuant qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Il résulte encore du principe cette conséquence, que l'engagement, s'il n'est pas exécuté, se résout en dommages intérêts.

« Si la convention s'exécute, et qu'il y ait contestation sur le salaire ou sur son paiement, le maître dont on a suivi la foi est alors cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue, et pour les acomptes donnés sur l'année courante.

« Le projet s'en tient à ces dispositions sur ce genre de louage, et elles suffisent. On peut suppléer les développements, par l'application de celles des règles générales énoncées dans le précédent chapitre, qui sont de nature à régir également ce contrat. »

Discours prononcé au corps législatif, par le tribun Jaubert, l'un des orateurs chargés de présenter le vœu du Tribunat sur la loi relative au contrat de louage :

« Nous venons de parler du louage des choses ; il y a aussi le louage d'ouvrages.

« Ce louage a trois objets principaux :

« 1° Celui des gens de travail qui se louent au service de quelqu'un ;

2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau ;

« 3° Les devis ou marchés d'ouvrages.

« A l'égard des gens de travail, le projet rappelle des principes qui concilient le respect dû aux conventions et à la liberté individuelle ».

Donc les règles du louage des domestiques et ouvriers ne s'appliquent pas à nos entreprises. Inutile d'insister beaucoup sur ce point qui est de toute évidence.

9. — Notre opinion est plus simple et plus rationnelle.

Nous considérons qu'il y a là un contrat que le législateur n'a pas visé ; par suite qu'aucune disposition étroite ne peut lui être appliquée, qu'on doit s'en tenir aux règles générales qui suffisent parfaitement et ne conduisent à aucune iniquité de droit.

Quant aux règles que le législateur a édictées au titre du louage, elles se réduisent à l'art. 1710 qui nous dit bien que notre contrat est un louage, mais c'est tout, car le législateur ne considère ensuite que des louages particuliers et bien définis

et pose par suite des règles spéciales et de droit étroit ; il en résulte que ces règles ne peuvent être appliquées à des entreprises de travaux publics et que nous avons un louage, mais un louage innommé qui sera régi par les règles du titre des obligations communes à tous les contrats et non par les dispositions étroites du titre du louage.

Il est bien entendu que nous ne parlons ici que de la nature juridique du contrat, nous sommes sur le terrain du droit. En fait, l'interprétation des conventions conclues entre les particuliers au sujet de nos entreprises pourra amener les Tribunaux à faire des emprunts soit aux textes administratifs, soit aux lois étrangères, soit même à des dispositions spéciales du Code civil ; mais ce sera là une question d'interprétation, de fait, qui ne doit nullement être confondue avec celle qui nous occupe dans le présent titre : la nature juridique de notre contrat.

TITRE II

ORIGINE DU CONTRAT

CHAPITRE PREMIER

FORMATION DU CONTRAT

10. — Généralités.

10. — Nous avons étudié dans le chapitre précédent quelle était la nature du contrat qui nous occupe et nous sommes arrivés à la conclusion qu'il fallait y voir un contrat non organisé de toutes pièces par le Code ; que nous avions affaire à un louage indéterminé.

Nous devons donc étudier notre contrat en suivant l'ordre naturel des opérations qu'il comprend la formation, l'exécution et les suites qui en découlent.

SECTION PREMIÈRE

Conditions d'existence du contrat.

11. — L'article 1108 du Code civil doit être observé.

Quels sont d'abord les éléments essentiels de ce contrat ?

Comme à toutes les obligations, l'article 1108 du Code civil est ici applicable. Il doit y avoir consentement, capacité, objet et cause. Examinons successivement ces conditions.

§ I. — *Consentement.*

12. — Consentement, vices du consentement.

13. — Erreur sur la nationalité. — Nationalité douteuse. — Clause alternative, inexistence du contrat.

12. — Sur le consentement comme sur l'objet et la cause, il y a peu à dire ; ce sont des conditions qui dépendent presqu'exclusivement des parties contractantes, lesquelles sont absolument maîtresses de leurs conventions.

Les vices de consentement peuvent se trouver dans nos entreprises ; mais c'est là pour ainsi dire presque exclusivement une question de fait. Les grandes entreprises que nous étudions ne font pas d'ordinaire l'objet d'un contrat conclu à la

légère ; il y aura de nombreux pourparlers, des études préliminaires, des avant-projets. Puis, au moment de la conclusion du contrat, un cahier des charges sera minutieusement rédigé.

Donc les chances de vices du consentement seront considérablement réduites. Le dol, la violence seront peu à craindre ainsi que l'erreur sur l'objet.

13. — En ce qui concerne l'erreur sur la personne des contractants, la question est plus délicate. En effet, nos entreprises sont souvent conclues entre personnes de nationalités différentes ; la plupart du temps une au moins des parties sera une personne morale, et il peut se produire des complications du domaine du droit international. En étudiant la capacité des parties où l'influence de ces conflits de loi se fait beaucoup plus sentir, nous examinerons plus en détail ces questions, mais ici nous devons nous demander quel serait le résultat du changement de nationalité volontaire ou forcé de l'une des parties après la conclusion du contrat.

Il se peut d'abord que ce changement de nationalité soit prévu entre les parties ; si par exemple il s'agit d'une entreprise de chemins de fer traversant plusieurs Etats où le seul fait d'avoir un établissement commercial entraîne l'adoption forcée de nationalité. Une telle clause, selon nous, sera par-

faitement licite, il n'y aura pas erreur sur la personne ; il pourra seulement y avoir des difficultés sur la question de compétence, difficultés que la clause d'arbitage tranchera le plus souvent.

Mais il peut arriver qu'au moment de la conclusion du contrat il y ait erreur sur la véritable nationalité d'une des parties, si par exemple il s'agit d'une personne morale dont la nationalité peut être difficile à préciser.

Quel sera le résultat de cette erreur ?

Pour nous, nous pensons que c'est là une erreur essentielle sur la personne qui entraîne la nullité du contrat ou mieux son inexistence.

En effet, la nationalité est un des éléments qui fixent le statut d'une personne ; la modifier revient à modifier profondément la personnalité elle-même ; juridiquement ce n'est plus la même personne que le contractant a en face de lui. Donc une telle erreur èntraîne l'inexistence du contrat. Et que l'on n'objecte pas, si les parties sont de bonne foi, la maxime *Error communis facit jus*, car, quelle en serait la conséquence ? une ratification tacite du contrat ? Mais le contrat èst inexistant, par conséquent non suceptible d'être ratifié ; le ratifier revient à en conclure un nouveau.

Cette solution se justifie parfaitement en équité ; il est évident qu'il serait profondément injuste de forcer une personne à accepter la législation d'un

pays qui lui est peut-être défavorable. En tous cas notre théorie est rationnellement inattaquable ; la personne n'est pas celle qu'on pensait, son statut est autre, donc il y a erreur, par suite absence de consentement et le contrat est inexistant. Si les parties veulent éviter ce résultat, c'est à elles de le prévoir dans les modalités *du contrat*.

§ II. — *Capacité.*

14. — Détermination de la nationalité. — Personnes physiques. — Personnes morales. — Difficultés de la question.

15. — Opinion personnelle. — Volonté des associés. — La fraude ne doit pas être présumée.

16. — Lieu où a été passé l'acte de société. — Codes récents.

17. — Nationalité des associés. — Difficulté de ce critérium quand il s'agit d'une Société anonyme.

18. — Principal établissement. — Siège social. — Lieu d'exploitation. — avantages et inconvénients de chacune de ces théories. — Textes législatifs se rapportant à la question.

19. — Changement de Nationalité des personnes morales. — Une Société peut-elle changer de nationalité, par cela seul qu'elle transporte son siège social en pays étranger et qu'elle modifie ses statuts dans le sens des lois de ce pays ? — Qu'est-ce qu'une personne morale ? — Election de nationalité.

14. — Ici par suite de complications du domaine du droit international privé, la question est beaucoup plus délicate et il importe avant tout de fixer la nationalité des parties. Cette nationalité, une fois bien établie, la capacité sera connue par les lois du pays dont la partie est nationale.

Des personnes physiques il y a peu à dire, leur nationalité sera le plus souvent facile à déterminer ; il ne pourra y avoir qu'un conflit positif, par suite les parties seront au contraire libres de choisir entre plusieurs nationalités.

En ce qui concerne les personnes morales, la question se complique. En effet ce n'est là qu'une abstraction ; la personne morale vit de la vie que lui reconnaît la loi et n'en a pas d'autre ; d'où il résulte, qu'en l'absence de traités, la personne morale n'existe pas en dehors des limites de son pays ; d'où sa nationalité est étroitement liée à son domicile et pour qu'une personne morale existe comme nationale dans un pays, il faut deux conditions : que son domicile soit situé dans ce pays et qu'elle y soit légalement autorisée par l'autorité compétente, c'est-à-dire qu'elle se conforme aux lois en usage dans ce pays.

La première question, et la seule sur laquelle il puisse y avoir doute, est celle du domicile ; où est le domicile d'une personne morale ? si elle est tout entière dans un pays ; si tous ses rouages y fonctionnent sans exception, la question est facile, du moins quant à la nationalité.

Mais quand elle s'étend sur le territoire de plusieurs Etats, si elle a des centres dans plusieurs contrées : quel sera le principal ? De plus la personne morale n'étant qu'une abstraction ne peut

être considérée comme séparée de la personne des associés qui la composent ; l'acte de constitution jouera aussi un grand rôle dans son existence.

Donc trois théories sont en présence : Doit-on s'attacher au lieu où l'acte de constitution a été dressé ? Doit-on au contraire considérer la nationalité des associés ? Doit-on enfin attribuer à la société la nationalité du pays où est son principal établissement et dans ce cas quel est-il ?

15. — Tels sont les trois systèmes et chacun a ses partisans quoique la majorité des auteurs et la jurisprudence se rattachent au troisième et que la différence ne porte que sur l'interprétation à lui donner. Pour nous, nous voudrions qu'on s'attachât exclusivement à la volonté des associés. Les objections que les systèmes précédents se font l'un à l'autre, dérivent toutes de l'idée qu'il doit y avoir une fraude à ne pas prendre la nationalité du lieu de l'entreprise ; mais l'article 3 du Code civil est toujours là et la maxime *fraus omnia corrumpit* doit toujours être appliquée ; la protection des intérêts nationaux est ainsi assurée et nous ne voyons pas pourquoi on établirait une présomption de fraude contre des Français, par exemple, qui créeraient en France une société à forme belge. Les sociétés belges sont admises en France ; pourquoi priver nos nationaux des avantages qu'elles comportent et dont les étrangers peuvent jouir à leur aise.

C'est toujours le même esprit défiant, pusillanime, celui-là même qui a inspiré ses minutieuses précautions au législateur de 1867.

On nous objectera bien que cette question n'a guère d'importance puisque nous reconnaissons nous-même que la fraude peut vicier un acte de société établi dans ces conditions et qu'il appartient aux tribunaux de déterminer s'il y a eu fraude. D'accord ; mais c'est précisément parce que les tribunaux ont en fait un pouvoir très étendu que nous voudrions étendre aussi, autant que possible, la liberté des associés ; ces deux facteurs doivent se contrebalancer pour qu'il y ait équilibre.

Nous nous rattachons donc presque au troisième système, nous considérerons comme principal établissement celui que la société elle-même désignera, car mieux que personne elle est juge de l'importance et de la marche de ses affaires. Nous savons bien que notre théorie paraît très libérale ; mais en réalité elle se résume à ceci : ne pas présumer le dol.

Ceux qui choisissent le centre d'exploitation comme principal établissement ont pour but d'avoir un critérium certain, et d'éviter, en les prévenant, les fraudes faciles auxquelles peuvent se porter les sociétés.

Cette théorie aboutit donc à ce résultat très ri-

goureux : établir une présomption légale de fraude en l'absence de toute loi.

De même font ceux qui veulent imposer un centre d'administration : Pourquoi ne pas croire ce que nous dit la partie la plus intéressée et présumer qu'elle ment ? Au lieu d'attaquer la fraude par des voies détournées, attaquons-la donc en elle-même et en face, cela vaudra beaucoup mieux. Le système des présomptions légales est un système défectueux ; des gens habiles peuvent facilement s'en affranchir, au lieu que le fait s'impose toujours. Il est donc bien entendu que la maxime *fraus omnia corrumpit* trouve toujours son application et que s'il est démontré que dans un but frauduleux la société a pris un domicile fictif, les intéressés auront toujours le droit de démasquer cette fraude ; mais elle devra être établie, ne pas l'admettre une fois prouvée serait aussi exagéré que la présumer malgré tout.

Cette opinion toute personnelle étant exposée, revenons aux trois théories en présence.

16. — La première qui considère le lieu où a été passé l'acte de société n'a pour ainsi dire pas d'adhérents.

Tous les auteurs sont d'accord pour n'y voir là qu'une manœuvre frauduleuse destinée à éluder les rigueurs de la loi nationale ; et de nombreuses décisions de jurisprudence partagent le même avis.

Les nouveaux Codes écartent d'ailleurs expressément une telle hypothèse. Tel le Code de commerce italien : art. 230 *in fine :* « Les sociétés constituées en pays étrangers, qui ont dans le royaume leur siège et l'objet principal de leur entreprise, sont considérées comme sociétés nationales, et soumises, même pour la forme et la validité de leur acte constitutif, quoique passé en pays étrangers à toutes les dispositions du présent Code. »

Une règle semblable a trouvé place dans le Code de commerce roumain art. 239.

Tel est aussi l'avis de la loi belge du 18 mai 1873 art. 129 : « Toute société, dont le principal établissement est en Belgique, est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger. »

Cette théorie doit donc être écartée ; la fraude est, paraît-il, manifeste dans ce cas et ne doit pas être autrement établie : ce seul fait suffit.

17. — La deuxième théorie considère la nationalité des associés.

Nous n'avons pas à l'examiner dans les cas généraux, à moins qu'on n'attribue une nationalité aux capitaux, ce qui ne serait pas absurde mais dépasserait évidemment l'esprit des auteurs de cet avis. D'ailleurs, cette théorie, quoique comptant plus de partisans que la première, n'est pas non

plus soutenue très fermement et présente de forts inconvénients pratiques, quand par exemple tous les associés n'ont pas la même nationalité.

La personnalité d'une société commerciale et en nom collectif est d'ailleurs complètement distincte de celles des associés qui la composent. Voici un jugement du Tribunal de Nancy du 16 décembre 1883 qui l'explique bien dans ses attendus :

« Attendu, en droit, qu'une société commerciale constitue un être moral, une personnalité légale, distincte de la personnalité des associés, que, par suite, elle a sa nationalité propre, de même qu'elle a son patrimoine propre et indépendant du patrimoine personnel de ceux-ci ; que cette nationalité est fixée par son siège social ou par son principal établissement, si elle en a plusieurs dans des pays différents ; qu'il n'y a jamais lieu de s'occuper de la nationalité des membres qui composent la société ; qu'il est inadmisible, en effet, qu'une société puisse avoir simultanément la nationalité de chacun des associés.

« Attendu que la société Grafton et C^ie^ ayant à Paris son siège social est française, etc. »

Ce deuxième système est donc aussi écarté.

18. — La troisième théorie rallie la presque totalité des suffrages tant en doctrine qu'en jurisprudence ; on doit s'attacher au lieu du principal

établissement ; seulement, quel est ce principal établissement ? voilà où porte tout le poids de la discussion : Est-ce le siège social, est-ce le siège de son patrimoine ou de son entreprise ?

Nous avons dit précédemment que nous nous ralliions presque sans réserve à cette théorie.

Nous laissons seulement à la Société elle-même le soin de décider où se trouve cet établissement.

Un grand nombre d'auteurs, d'accord avec une jurisprudence qu'on peut croire définitive, pensent que c'est le siège social qui est le principal établissement, et comme tel, doit donner sa nationalité à l'entreprise. Certains auteurs cependant prétendent le contraire. Voici par exemple l'opinion de MM. Lyon-Caen et Renault :

« Nous entendons par principal établissement non pas le siège administratif de la Société, mais le centre effectif de son exploitation et de ses affaires, il ne faut pas que la nationalité d'une Société se lie à des circonstances ou à des faits qui dépendent exclusivement de la volonté de l'homme, comme la fixation du centre de l'administration sociale. Autrement les fondateurs pourraient à leur gré se soumettre ou échapper aux dispositions restrictives de la loi. La Société a-t-elle pour objet la construction d'un chemin de fer en Russie, elle sera réputée de nationalité russe,

encore que l'acte de Société ait été dressé en France, que presque tous les associés soient en France, que le siège social et la direction générale des travaux soient établis à Paris. »

Cette solution de considérer le principal établissement comme étant au siège de l'exploitation, présente d'ailleurs les mêmes difficultés pratiques que le système qui s'attache à la nationalité des associés. Que résoudre quand la Société fait des opérations également importantes dans plusieurs Etats ; si c'est par exemple une entreprise de chemins de fer dont les voies passent sur le territoire de plusieurs pays, ou encore une Société métallurgique qui a ses mines de charbon en Turquie sur la côte sud de la mer Noire ; ses mines de minerai, de cuivre et ses fours de grillage et coulages des mattes en Hongrie, ses usines d'affinage et raffinage et son siège social en Angleterre ? Dans de telles hypothèses, la détermination du principal établissement serait fort difficile et l'interprétation donnée par cette théorie conduirait à des résultats invraisemblables.

Nous pensons donc, autant pour éviter des difficultés pratiques que parce qu'il l'est en effet, que le siège social est bien le principal établissement de la Société.

Là est son domicile attributif de compétence, notamment en cas de faillite et, le cas échéant,

attributif de nationalité, c'est du siège social qu'émanent la direction et le contrôle ; là où les assemblées des actionnaires et le conseil d'administration se réunissent, et non pas au siège principal de l'exploitation : en un mot le siège social est bien réellement la tête de la Société, alors que les divers établissements n'en sont que les membres, ne travaillant que par la volonté d'un centre directeur.

Le décret du 10 août 1896, concernant l'émission et la négociation en France des valeurs étrangères est d'ailleurs fort net; il reconnaît absolument le caractère de Société étrangère à des Sociétés ayant le siège de leurs opérations en France, mais dont le siège social est à l'étranger, c'est ce qui résulte bien des articles 2 et 3.

« Article 2. — Le § 3 de l'art. 3 et le § 1er de l'art. 4, du décret du 6 décembre 1872, sont modifiés ainsi qu'il suit :

« Art 3 § 3. — Les Sociétés, Compagnies et entreprises étrangères, dont les titres ne sont pas cotés, *mais qui ont pour objet des biens, meubles ou immeubles, situés en France*, doivent la taxe sur le revenu etc.

« Art. 3. — L'art. 2 du décret du 6 février 1880 est modifié ainsi qu'il suit : La chambre syndicale, près la Bourse où l'admission d'une valeur étrangère est demandée, se fait remettre les pièces et

justifications suivantes : 1° Les actes publics ou privés, statuts, cahier des charges, etc., en vertu desquels cette valeur a été créée dans son lieu d'origine. 2° La certification par l'autorité consulaire établie en France, que ces actes sont conformes aux lois et usages de leur pays d'origine et que la valeur est officiellement cotée dans le dit pays, à moins qu'il n'existe pas de Bourse officielle, auquel cas le fait sera constaté par le certificat ».

Ainsi donc, en l'absence même d'autres arguments, le décret du 10 août 1896 résoudrait la question en faveur du siège social ; il reconnaît formellement à des Sociétés étrangères légalement constituées, suivant leur loi nationale, le droit de faire des opérations sur des immeubles situés en France et admet leurs valeurs à la cote officielle.

Le siège social seul doit donc servir à déterminer la nationalité de la Société.

Cette décision est conforme à l'esprit de la loi qui fixe le domicile au lieu où une personne a son principal établissement. Elle a de plus l'avantage d'écarter les difficultés insolubles qui résultent de la différence de nationalité pouvant exister entre les associés, ou la nature des opérations sociales. Le critérium du siège social fournit presque toujours une base certaine de décision, puisqu'il suffit de se reporter aux statuts pour connaître le domi-

cile et par conséquent la nationalité de la Société.

Le critérium du centre d'exploitation, au contraire, est le plus souvent en défaut. Même dans les hypothèses où l'exploitation aurait une connexité intime avec le sol (Compagnie minière, Compagnie de chemins de fer), ce critérium pourra manquer en fait s'il s'agit d'une Société cosmopolite constituée, par exemple en vue de créer, dans différents Etats, des chemins de fer économiques, des canalisations d'eau ou de gaz, etc. Cette Société opérant sur des immeubles situés en divers pays, il pourra être difficile, en fait, de déterminer avec quelque certitude le centre d'exploitation.

A plus forte raison, le critérium du siège d'exploitation est-il insuffisant lorsque les opérations en vue desquelles la Société a été constituée sont des opérations de pure spéculation. En pareil cas le critérium du siège social s'impose.

L'institut de droit international, dans sa session qu'il a tenue en septembre 1891 à Hambourg a d'ailleurs voté la résolution suivante : « on doit considérer comme pays d'origine d'une Société par actions le lieu dans lequel est établi sans fraude son siège social ».

Les décisions de jurisprudence sont nombreuses dans notre sens :

Arrêt de cassation du 20 juin 1870, affaire de la

société du débarcadère de Cadix (1) qui décide que, bien qu'établie pour la construction et l'exploitation d'un établissement à l'étranger, une société doit être considérée comme Française et supporter en conséquence le droit de transmission sur les titres émis par elle, lorsqu'elle a été créée par un acte passé en France, qu'elle y a son siège et que c'est à ce siège que ses titres au porteur ont été émis, répartis et négociés (2) qu'elle est soumise aux règles de la loi Française et régie par un conseil d'administration qui se réunit en France, enfin que les contestations à naître entre les actionnaires ou entre les actionnaires et la Société doivent être jugés par les tribunaux français (3).

D'autres décisions abondent en matière de

(1) Cet arrêt intéresse directement nos entreprises privées de travaux publics.

(2) On pourrait objecter que cet arrêt ne vise qu'un but fiscal ; mais cette objection est sans valeur ; un arrêt de cassation est toujours rendu sur une espèce quelconque, cela ne l'empêche pas de poser un principe.

(3) Dans ce sens jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 8 février 1892 : « Attendu que le siège social fixe la nationalité des sociétés étrangères ; qu'il importe peu que les membres du Conseil d'administration habitent ou non Paris ou qu'ils soient en majorité de nationalité française. »

Et arrêt de la Cour de Paris du 23 janvier 1889 duquel il résulte qu'on doit considérer comme une société anglaise, la société qui a été fondée à Londres et qui a son siège social en cette ville, sans qu'il y ait d'ailleurs à se préoccuper de la nationalité de ses actionnaires ou administrateurs.

faillite. En un mot la jurisprudence est absolument fixée et toutes ses décisions sont fortement motivées.

L'opinion qui place le principal établissement au siège d'exploitation oppose toujours le soupçon de fraude; car il est bien évident que quand une société établit son siège social en un certain lieu, c'est qu'elle entend le désigner comme siège de son principal établissement; ce peut être une désignation frauduleuse; mais le fait n'en est pas moins établi. Sans doute, s'il y a fraude évidente, s'il s'agit d'une société qui a fixé son siège social à l'étranger dans le but d'éluder les prescriptions de nos lois. cette société doit être considérée comme une société française; et nos tribunaux, dont la jurisprudence est si unanime, n'ont jamais hésité à appliquer ici la maxime *Fraus omnia corrumpit.*

Les tribunaux d'ailleurs apprécient en fait si le siège social est sérieux, et dans le cas où la fraude leur apparaît, ils doivent chercher à déterminer la véritable nationalité; pour cela ils s'attacheront non à l'apparence extérieure des actes constitutifs de la société, mais au but que cherchaient ses fondateurs et opposeront le cas échéant au prétendu domicile légal de la Société son domicile réel qui seul peut déterminer sa véritable nationalité quel que soit le lieu où elle ait été constituée et qu'elles qu'aient été les formes suivies. Toutes les circons-

tances accessoires pourront dans ce cas éclairer le jugement des Tribunaux : la nationalité, par exemple, des administrateurs et des actionnaires connus. Mais ces circonstances, utiles à considérer quand il y a fraude, ne suffisent pas à en établir l'existence.

L'affaire de la Société du Crédit Foncier et commercial suisse nous montre bien l'application de la théorie du siège social qui au cas de fraude laisse la détermination à l'appréciation des tribunaux.

Il s'agissait en l'espèce d'une société établie frauduleusement en Suisse et qui aurait dû être française; cette société, en vertu du traité du 15 juin 1869, qui permet aux tribunaux français de déclarer la faillite des Suisses ayant un établissement commercial en France et réciproquement, fut déclarée simultanément en faillite par les Tribunaux de commerce de Paris et de Genève ; la faillite ne pouvant être déclarée qu'une fois, une juridiction devait être dessaisie, l'appel interjeté de part et d'autre confirma les premiers jugements et ce fut seulement le Conseil fédéral de Berne qui se prononça en faveur de la juridiction française, en confirmant par ainsi l'arrêt de la Cour de Paris dont voici les considérants :

« Considérant, dans l'espèce, qu'il résulte manifestement de tous les documents du procès que la société du Crédit foncier et commercial suisse, en

stipulant dans les statuts que le siège social serait à Genêve, n'avait pour objet que d'éviter les entraves apportées par la législation française à sa création. — Qu'on voit ce motif clairement exposé dans une note saisie à Paris dans les bureaux, et qu'il y est dit que la Banque ainsi organisée à Genève créera à Paris pour rayonner sur toute la France une immense maison faisant la régie des immeubles. — Considérant que si le siège social était indiqué à Genève, le conseil d'administration et le gouverneur étaient installés à Paris, d'abord rue Scribe ensuite Place Vendôme, où se sont tenus tous les conseils d'administration dont les procès-verbaux en font foi, notamment depuis le 11 septembre 1873, jusqu'au 2 janvier 1874 d'après le registre présenté.

« Considérant que cette maison de Paris où résidaient tous les membres du conseil d'administration était le véritable domicile de la société ; qu'en effet c'était de là que partaient les ordres et les instructions, que se réglaient les affaires sociales, que se passaient avec le conseil les traités divers, ainsi que le démontrent les mêmes procès-verbaux ; que c'est donc à Paris qu'était le véritable domicile social, lieu du principal établissement, etc. »

Donc en ce cas le siège social était purement fictif et c'est à bon droit que la juridiction française a été saisie ; mais cette fraude a dû être prou-

vée, comme l'indiquent les considérants ci-dessus, et n'a nullement été admise de plein droit.

Une note de Dalloz sur cette même affaire, se prononce absolument dans notre sens et semble même trouver que quand les actionnaires l'ont décidé et qu'il n'y a pas fraude, une société commerciale a le droit absolu de changer de nationalité et met ce droit en exercice en déplaçant simplement son domicile. La voici :

« Sans doute une société anonyme peut changer de domicile, mais à la condition d'y être autorisée par une délibération formelle de l'assemblée des actionnaires.

« Cette délibération est surtout nécessaire lorsqu'il s'agit non d'un simple changement de lieu sur le même territoire, mais d'une véritable abdication de nationalité qui aurait pour effet de modifier profondément la condition même de la société et de changer la législation qu'elle a voulu adopter comme règle de ses droits. »

Ainsi donc l'auteur est d'avis qu'une société peut librement, après une résolution prise par l'assemblée générale des actionnaires, changer son domicile comme aussi sa nationalité.

19. — Cette question a aussi son importance et nous allons en dire quelques mots.

Une société commerciale peut-elle changer de nationalité ? et comment peut-elle le faire ? Nous

pensons que ce droit appartient formellement à la personne morale et qu'elle le met en exercice en déplaçant son siège social qu'elle transporte à l'étranger et en modifiant ses statuts dans le sens de la loi étrangère. Il s'ensuit qu'une société pourrait faire ainsi une élection de domicile qui deviendrait élection de nationalité et elle peut y trouver de grands avantages dans ses rapports avec ses sous-traitants.

Examinons donc cette question de changement de nationalité des personnes morales (1) :

La grande objection et la plus sérieuse qu'on puisse y faire est la suivante : une personne morale est une fiction, la seule raison de son existence est la sanction que l'autorité législative d'un pays lui a donnée. Donc quand une société française par exemple transporte son principal établissement en pays étranger « à l'instant même, elle perd sa nationalité, sa personnalité civile, elle tombe *ipso facto* en dissolution, aussitôt qu'elle passe la frontière, le statut français, imprimé sur sa personnalité et qui seul donnait vie à l'être juridique, s'en retire elle n'a plus d'existence légale et reste à l'état de société de fait ». Vavasseur, *Journal de Dr. intern.* 1875, 349, T. 2.

(1) Sur cette question peu de décisions de jurisprudence. Voir cependant, Cass. 7 Juin 1880 (D P. 80. 1. 465). Cet arrêt ne touche que d'une manière lointaine à la question.

Cet argument est très sérieux ; la société semble rivée au sol où elle est née et dont elle subit la loi nationale ; l'en détacher, c'est la détruire : un lien intime rattache la personne morale à l'Etat qui l'a vu naître.

A cela que pouvons-nous répondre ?

Tout d'abord nous pensons qu'il faut bien examiner le caractère et la nature de la personne morale.

Est-elle de par son essence même liée, en vertu de sa naissance, à un Etat, d'un lien qui est pour elle une question vitale ?

Pour nous, nous croyons que la nature de ce lien a été fortement exagérée et cette exagération provient du manque total d'accord sur la définition même de la personne morale. Tous les auteurs, quand ils en parlent, oublient de la définir et cependant rien n'est plus délicat ; là est le nœud de toute cette discussion ; en réalité, l'accord est presque absolu, seulement les différents auteurs ne parlent pas de la même chose.

Qu'est-ce donc en fait qu'une personne morale ? A quel critérium la reconnaît-on ? quel acte lui donne naissance ? qu'est-ce que la vie d'une personne morale ?

Aucun texte législatif ne le dit d'une façon précise. C'est là exclusivement une question de doctrine et les auteurs sont très partagés. Les uns la reconnaissent dans la capacité d'ester en justice ; les

autres dans celle d'accomplir tels autres actes. Le code civil parle de « patrimoine » et de « créancier » de la communauté ; peu d'auteurs la reconnaissent comme personne morale.

Tout le monde tient les sociétés commerciales pour personnes morales et aucun texte ne le dit, pas même les articles 19 et suivants du Code de commerce sur lesquels on se fonde. La Cour de cassation reconnaît maintenant les sociétés civiles comme personnes morales et aucune loi n'est la cause de ce changement de jurisprudence qu'elle a fait de sa propre autorité.

La vérité est que la personne morale n'existe pas : c'est un terme commode, un mot et rien de plus.

Quand certains individus sont groupés leurs intérêts communs peuvent différer de leurs intérêts privés, d'où, en tant qu'associés, on leur reconnaît certains droits propres et on a été conduit à considérer un être essentiellement fictif qui jouirait des droits qui appartiennent aux membres de la société considérés comme associés ; mais c'est tout, si on veut voir dans ce terme personne morale autre chose qu'un mot, on vogue en pleine fantaisie.

C'est de ce principe que découle l'incapacité de droit des personnes morales, elles n'ont pas *des droits*, elles ont *certains droits particuliers*, car

pour elles l'incapacité de droit se confond toujours avec l'incapacité de fait; si l'acte qu'elles se proposent ne rentre pas dans les limites étroites de leur capacité, elles seront à cet égard inexistantes, qu'elles soient reconnues ou non, qu'en un mot ce n'est jamais là qu'une question de plus ou de moins et qu'il est impossible de dire d'une façon précise où finit la société de fait où commence la personne morale qu'on passe de l'une à l'autre par une transition insensible et que quand on parle des personnes morales par opposition aux sociétés de fait, les termes dépassent la pensée et on se laisse emporter par les mots. L'une et l'autre sont semblables; toutes deux sont essentiellement fictives. Dans toute société, les associés ont un droit comme associés auquel on peut faire correspondre un être fictif. Ces droits sont plus ou moins forts, plus ou moins nombreux, voilà tout.

Donc, dans la discussion qui va suivre, il est bien entendu que quand nous parlerons de personne morale ce ne sera qu'une simple figure de rhétorique.

Alors en parlant au figuré on peut dire qu'une personne morale est très semblable à une personne physique. A côté de la consécration officielle qui donne à l'une l'existence légale, à l'autre la jouissance des droits civils, toutes deux ont une existence matérielle; l'homme est un être physique

avant d'être un citoyen ; la personne morale est une société de fait avant d'être une société autorisée. Cette existence rudimentaire est reconnue par nos lois : la nécessité d'ailleurs l'impose ; la société de fait est donc la société autorisée à l'état embryonnaire ; elle en est la source et la raison, de même que l'homme est la cause première du citoyen. La consécration légale impose à l'une et à l'autre des devoirs et leur procure certains avantages. Mais leur existence ne saurait absolument dépendre de l'autorité législative, et la société non reconnue est au moins aussi capable, que le mort civil, auquel l'ancien art. 25 de notre Code civil reconnaissait certains droits nécessaires, et auquel la loi était impuissante à enlever l'existence physique (1).

Il est d'ailleurs bien certain que si les personnes morales publiques n'ont et doivent n'avoir de rapport qu'avec l'Etat, il en est tout autrement des personnes morales privées et principalement des sociétés commerciales, dont le but n'est pas nécessairement restreint à l'utilité des nationaux et qui par leur nature doivent forcément avoir des relations avec des étrangers.

Le législateur l'a d'ailleurs compris, car toutes

(1) Voir la loi municipale du 5 avril 1884, art. 111, qui reconnaît même les hameaux comme personnes morales avant toute autorisation.

les mesures qu'il a édictées concernant les sociétés commerciales, sont des mesures de protection à l'égard de ceux qui en font partie ; qui, somme toute, sont toujours empreintes d'une certaine défiance et qui ne sont prises que pour sauvegarder les intérêts des petits capitaux.

Quant aux autres mesures, notre loi ne s'en préoccupe pas, elle a dispensé d'autorisation les sociétés établies sur certaines bases, revenant ainsi après une longue évolution au vieux système romain de la loi des douze tables qui considérait comme personnes légales les collèges établis suivant une certaine forme ; système qu'une loi Julia de César a fait disparaître ainsi que bien d'autres institutions libérales.

Notre loi a reconnu également une existence légale aux sociétés étrangères, qui présentaient des garanties.

Donc en matière de société, la tendance est bien marquée, on développe autant que possible leur existence légale ; et par cela même que les sociétés étrangères sont reconnues en France, il est clair que le lien entre la personne morale et l'Etat n'est pas aussi étroit qu'on veut bien le dire.

Prenons un argument de fait que nul ne songera à nous contester. Quand, par suite d'un événement politique un territoire est annexé ; ses habitants, sauf opposition de leur part, acquièrent la

nationalité de l'annexant, et les sociétés commerciales qui y ont leur siège social changent aussi de nationalité, comme de simples personnes physiques. La Cour suprême de Leipsick l'a déclaré en principe et, d'ailleurs, nous ne voyons guère d'autre solution dans cette hypothèse.

Il y a là un changement de nationalité ; cela suffit pour montrer que le fait est possible, peu nous importe que ce changement soit volontaire ou forcé.

Quoi qu'il en soit et en admettant que le lien qui la rattache à l'Etat soit la cause de l'existence de toute personne morale, examinons ce qui se passe si ce lien se brise. Quand la société transporte son siège social à l'Etranger, disent nos adversaires, elle meurt, devient société de fait et si elle adopte le statut de sa nouvelle patrie. « Il n'y aura pas, à vrai dire, changement de nationalité, mais substitution d'une nationalité à une autre (1). »

Mais pour répondre à cette objection, nous n'avons qu'une chose à remarquer : qu'est-ce que la naturalisation sinon la substitution d'une nationalité à une autre ? La société perd, dit-on, son existence, elle devient société de fait; d'abord il

(1) A. Weiss, *Traité de droit international privé*, p. 150 (note).

n'est pas prouvé que ce lien de transition existe ; il se peut que l'adoption du statut étranger et le transport du siège social lui fassent à la fois perdre la première nationalité et acquérir la seconde sans état intermédiaire.

D'ailleurs, comme nous le faisions remarquer, où finit la société de fait ? où commence la personne morale ?

Mais admettons que cet état intermédiaire soit nécessaire ; la société devient alors une société de fait ; elle est donc semblable, en poursuivant l'analogie que nous exposions plus haut, à un citoyen qui perdant sa nationalité n'en acquerrait pas immédiatement une autre.

Un Français est déchu de la qualité de français pour avoir conservé contre l'autorisation du gouvernement une fonction publique d'un Etat étranger ou mieux un Italien a renoncé purement et simplement à la qualité d'italien, comme le permet sa loi nationale, si l'un ou l'autre acquiert au bout d'un certain temps une nouvelle nationalité par exemple si l'Italien devient Français ; quelle sera sa position vis-à-vis de la loi française ? l'art. 8 du C. civ. le dit, il sera naturalisé ; la loi ne s'occupe pas de l'état antérieur ; du moment qu'on devient Français c'est qu'on se fait naturaliser.

En un mot, la naturalisation est bien la substitution d'une nationalité à une autre, et pour résumer

nos arguments : la loi admettant la personnalité légale des sociétés étrangères, naturellement il s'agit ici de ce seul cas et non de celui ou aucune loi ne reconnaît ce droit au pays en question, la société étant devenue étrangère ; il en résulte que la naturalisation est possible.

Et quand la société change son siège social et modifie ses statuts, on voit qu'inévitablement le changement de nationalité et par suite, comme nous l'avons montré, la naturalisation est accomplie.

Supposons maintenant que pour la seule exécution d'un travail déterminé, la société fasse ce changement, et elle le fera s'il en ressort pour elle des avantages pour ses contrats avec les sous-traitants ; il en résulte une sorte d'élection de nationalité qui sera parfaitement licite ; les difficultés pratiques pourront surgir par suite des législations particulières, mais logiquement il n'y a rien d'impossible à ce changement.

En ce qui concerne l'étude de la capacité en elle-même, elle est intimement liée à celle de la nationalité ; nous pourrions examiner en France en quoi elle consiste pour les personnes morales publiques ou privées, mais cette étude n'offre guère d'intérêt et sortirait complètement du cadre de notre travail.

§ III.

20. — Objet et cause.

20. — Il n'y a rien de particulier à dire là-dessus, l'objet a été étudié dans le titre précédent où nous avons défini nos entreprises ; quant à la cause de l'obligation, elle consiste comme toujours dans l'obligation corrélative du co-contractant.

CHAPITRE II

FORMES ET PREUVES DU CONTRAT

21. — Exposé général.

21. — Dans la section des devis et marchés la loi ne règle pas la forme du louage d'entrepreneur, à plus forte raison admettons-nous que nous ne devons être soumis qu'au seul droit commun (1), donc notre contrat pourra être fait par écrit ou verbalement. Souvent il revêtira une forme intermédiaire ; c'est-à-dire qu'il résultera d'une offre acceptée. Cette pratique est courante en matière de travaux publics, comme de tous marchés administratifs : il y aura alors adjudication.

SECTION I

Forme verbale.

22. — Les modes de preuves verbales ne sont guère applicables. — Différents exemples.

22. — En ce qui concerne la forme verbale, nous n'aurons que peu de choses à dire car c'est là

Guillouard, II, n. 779 et 815.

un cas qui se rencontrera bien rarement, à cause de la grande importance de nos travaux. Il ne pourra guère se présenter que pour des sous-entreprises très minimes et nous l'étudierons plus loin. Remarquons immédiatement que les principes généraux conduisent à admettre :

Que la preuve par témoins n'est permise pour établir l'existence du contrat, que jusqu'à 150 francs (1).

Que la prestation de services faite sous convention antérieure est un fait matériel qui, quel que soit le chiffre, peut être prouvé par témoins (2).

Que l'aveu peut prouver l'existence de la convention ; mais que cet aveu est comme toujours indivisible. Ainsi le paiement de travaux ne peut être exigé du propriétaire qui reconnaît l'existence de ces travaux mais soutient ou qu'il les a payés, ou qu'ils sont faits sur l'ordre du locataire (3).

Enfin, que lorsque la convention est commerciale, la preuve peut en être faite par tous les moyens.

Les espèces précédentes que nous avons relevées ne nous intéressent guère directement ; ce ne

(1) Guillouard, II, n. 779.

(2) Cass. civ., 3 prairial an IX, D. rép. obligations, nº 4 885. Id. Trib. civ., Lombez, 5 août 1891, D. 93, 2, 491.

(1) Cass., 26 août 1862, D. 62, 1, 845. Cass. 19 janvier 1874, S. 74, 1, 357. Guillouard, II, n, 779.

sont que de petites entreprises qui ont motivé ces décisions.

SECTION II

Forme écrite.

23. — Généralités.

23. — La forme écrite est donc le véritable mode de formation de nos entreprises car elle seule peut prévoir les multiples clauses que comporte un pareil contrat et permet de diminuer, sinon d'écarter, en les prévoyant, les nombreuses contestations auxquelles son exécution peut donner lieu.

L'administration l'a bien reconnu ; aussi trouvons-nous de nombreux décrets et ordonnances sur les travaux publics, ce qui fait qu'en matière administrative la forme du contrat est réglée à l'avance : la plupart des entreprises font l'objet d'une adjudication et encore les cahiers des charges en sont-ils minutieusement étudiés.

Quoique cette étude ne vise pas les entreprises administratives, nous en dirons cependant quelques mots, car les compagnies particulières ont souvent adopté les mêmes modes de formation de contrat, et les cahiers des charges qu'elles impo-

sent renvoient souvent aux cahiers des clauses et conditions générales de l'administration, quelquefois expressément et souvent tacitement, en ce sens que, étant donnés le caractère et les usages des parties contractantes, ces conventions doivent être interprétées suivant le mode admis et les règles usitées par l'administration.

§ I. — *Marchés de l'administration ou Marchés de « Travaux publics » au sens légal du mot.*

24. — Différents modes d'exécution des Travaux publics.
25. — Concession administrative.
26. — Adjudication. — Histoire. — Différentes sortes. — Formalités. — Sanction de la liberté de soumissionner.
27. — Marchés de gré à gré.
28. — Mise en régie. — Différentes sortes. — Travail direct.

24. — Il y a plusieurs modes d'exécution des travaux publics; ces différents modes ont pour but ou d'assurer un bénéfice rapide à l'Etat en vendant pour ainsi dire son droit à des particuliers, ou de laisser l'Etat maître de son entreprise une fois terminée en la faisant exécuter soit par des sous-traitants, soit par des employés ; d'où la concession administrative, les adjudications, les marchés de gré à gré et la mise en régie.

25. — Dans plusieurs entreprises importantes, surtout dans des entreprises d'un genre nouveau, l'Etat, au lieu d'accomplir lui-même certains tra-

vaux, confie à des particuliers le soin de les exécuter à sa place. Ce mode d'exécution s'applique aux entreprises présentant un tout par elles-mêmes ; c'est-à-dire que l'entrepreneur trouvera le prix de ses travaux dans la faculté qu'il aura d'exploiter son entreprise et d'en tirer profit.

Telles seront les concessions de ponts, de canaux, de chemins de fer, de quais et même de mines, qu'on considère ordinairement à part.

Cette concession varie d'aspect suivant qu'elle est perpétuelle ou temporaire.

Si la concession est temporaire, au bout d'un certain nombre d'années fixé, le concessionnaire aura tiré un bénéfice suffisant et l'Etat reprendra sa concession en profitant des travaux faits par le concessionnaire. Souvent, comme il arrive pour les chemins de fer, la concession est renouvelée ou l'Etat s'engage à racheter le matériel de l'entreprise.

Si la concession est perpétuelle, au lieu que l'exploitant ait un simple droit de jouissance sur le travail qu'il a exécuté pour le compte de l'Etat ou de l'administration, il a un droit de propriété grevé d'une affectation qu'il ne peut modifier (1).

Donc le principe de la concession est la cession que l'administration fait de ses droits sur une certaine entreprise pendant un temps plus ou moins

(1) D. A. R. S., *Concession administrative*, nos 35 et s.

long à un particulier qui se trouve ainsi prendre son lieu et place ; c'est donc une sorte de louage d'une forme indéterminée, ou une vente si la concession est perpétuelle. Mais il faut bien remarquer que, dans le cas qui nous occupe, c'est une cession ou une vente de droits plus ou moins étendus et ce ne sera jamais une vente du domaine lui-même sur lequel portent ces droits (1).

Les formes de cette concession ne nous intéressent guère.

Elle sera directe ou indirecte. La concession directe résulte d'un traité amiable entre les parties, la concession indirecte a lieu par voie d'adjudication ; on recourt généralement à l'adjudication pour les entreprises qui n'ont pas grande importance et pour lesquelles les concurrents ne manquent pas. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, l'administration se réserve une grande latitude pour l'appréciation de la capacité et de la solvabilité des concurrents qui seront admis à l'adjudication. Les règles posées pour les marchés de travaux publics par l'ordonnance du 4 décembre 1836,

(1) Ces droits peuvent d'ailleurs être très importants comme nature. L'Etat, par exemple, peut vendre ou louer son droit de souveraineté ; tel est le principe des traités entre Etats ; qu'ils soient causés par une guerre ou par des actes volontaires d'annexion à prix d'argent ou de louage. Cette dernière forme a pris récemment une extension considérable par suite des traités entre les puissances de l'Europe et la Chine et prépare ainsi une annexion définitive.

remplacée aujourd'hui par le décret du 18 mars 1882 ne sont pas applicables en matière de concession.

La concession des travaux à exécuter pour l'Etat est faite en vertu de la loi du 27 juillet 1870 par une loi ou par un décret suivant la nature et l'importance des travaux. Elle est faite pour les travaux d'intérêt départemental par le Conseil général qui statue définitivement à cet égard aux termes de l'art. 46, § 11 de la loi du 10 août 1871, sauf la déclaration d'utilité publique réservée, suivant les cas, au gouvernement ou au législateur.

Les traités portant concession de travaux communaux ou concession à titre exclusif, ou pour une durée de plus de 30 ans de grands services municipaux ne sont valables qu'après approbation de l'autorité supérieure (1).

26. — En matière de marchés de travaux publics, l'adjudication est le mode le plus répandu et le plus usuel de contrat.

Déjà, sous le régime de l'ancien droit, pour les marchés concernant le service des ponts et chaussées, des arrêts du Conseil et des déclarations royales (2) prescrivaient l'adjudication au rabais. Mais ces prescriptions furent souvent méconnues et le principe de l'adjudication avec publicité et

(1) Loi municipale du 5 avril 1884, art. 115.
(2) 21 fév. 1608 ; 13 fév. 1688 ; 7 juin 1708.

concurrence n'entra définitivement dans la pratique administrative qu'après 1789. Pour les marchés de travaux publics, les entreprises données à la faveur ne furent interdites que par l'arrêté du 19 ventôse, an XI, qui remit en vigueur les règles édictées par les déclarations royales sur le service des Ponts et chaussées. Une ordonnance du 10 mai 1829 compléta les dispositions relatives au mode d'adjudication des travaux de ce service.

L'ordonnance du 4 décembre 1836, rendue en vertu de l'art. 12 de la loi des finances du 31 janvier 1833, soumit à des règles uniformes l'adjudication de tous les marchés de travaux publics intéressant l'Etat.

Cette ordonnance a été remplacée par le décret du 18 novembre 1882 dont l'art. 1er porte que les « marchés de travaux, fournitures ou transport au compte de l'Etat sont faits avec concurrence et publicité ».

Les marchés de gré à gré ne sont permis que dans des cas limitativement énumérés. Pour les marchés de travaux passés avec les départements, il n'existe aucun texte qui indique la règle à suivre, mais la jurisprudence décide qu'il y a lieu d'appliquer à tous ces actes le principe de la publicité et de la concurrence. En ce qui concerne les communes et les établissements de bienfaisance

l'ordonnance du 14 novembre 1837 a formellement consacré le même principe.

Il y a plusieurs espèces d'adjudication.

L'adjudication aux enchères est faite en séance publique, en présence de tous les concurrents, à l'extinction des feux, au plus offrant (1) et dernier enchérisseur. En matière de travaux, ce mode d'adjudication ne se présente que rarement et à la suite d'une première adjudication, comme nous l'expliquerons ci-après.

L'adjudication au rabais est faite au profit de celui des concurrents qui offre la plus forte diminution sur le prix auquel l'administration a évalué l'entreprise. Ce mode s'applique aux marchés de travaux notamment. Le plus souvent l'adjudication a lieu sur soumissions cachetées. Les concurrents rédigent leurs propositions, les enferment dans des enveloppes cachetées qui sont ouvertes en séance publique et celui dont la soumission présente le rabais le plus considérable est déclaré adjudicataire.

Lorsque plusieurs soumissionnaires offrent le même rabais et que ce rabais est le plus élevé de ceux contenus dans les soumissions, il sera pro-

(1) Par ces mots « le plus offrant » ne pas entendre celui qui propose la plus grosse somme, mais celui qui offre le plus d'avantages au propriétaire; de sorte que s'il s'agit de travaux à exécuter, le plus offrant sera celui qui propose le prix le moins élevé.

cédé entre eux, séance tenante, à une réadjudication soit sur soumissions nouvelles, soit à l'extinction des feux.

L'avis des adjudications à passer est publié par la voie des affiches et par tous les moyens ordinaires de publicité au moins vingt jours à l'avance pour les travaux de l'Etat (1) un mois à l'avance pour les marchés intéressant les Communes (2). Ces délais peuvent être réduits en cas d'urgence. Il est procédé à l'adjudication en séance publique. Pour les adjudications de travaux de ponts et chaussées, elles sont faites par le préfet en conseil de préfecture, en présence de l'ingénieur en chef du département.

Le maire procède aux adjudications pour le compte de la commune, assisté de deux conseillers municipaux, et en présence du receveur municipal (3).

Le résultat de l'adjudication est constaté par un procès-verbal.

L'administration exige des garanties des soumissionnaires et adjudicataires. Ces garanties sont déterminées par les cahiers des charges. Les garanties nécessaires peuvent consister, pour les travaux et fournitures de l'Etat, au choix des soumission-

(1) Décret du 18 nov. 1882, art. 2.
(2) Ordonnance du 14 nov. 1837, art. 6.
(3) Loi du 5 avril 1884, art. 89.

naires et adjudicataires, en numéraire, en rentes sur l'Etat et valeurs du Trésor au porteur (1).

Pour les entreprises de l'Etat ou des communes, les adjudications qui ne pourraient être, sans inconvénient, livrées à une concurrence illimitée, sont soumises à des restrictions permettant de n'admettre à concourir que des personnes préalablement reconnues capables par l'administration et produisant les titres justificatifs exigés par les cahiers de charges de l'administration (2).

Afin de faciliter la participation des associations ouvrières aux travaux de la ville de Paris, une délibération du Conseil municipal du 26 juillet 1882 a supprimé l'obligation du cautionnement. Une commission composée du préfet de la Seine et de huit membres du Conseil municipal examine les titres des concurrents au point de vue de la moralité, de la capacité et de la solvabilité, et dresse la liste de ceux qui sont reconnus posséder les qualités requises pour la bonne exécution des travaux.

En principe, sauf les exceptions spécialement autorisées ou résultant des dispositions particulières à certains services, les adjudications et readjudications pour les travaux et fournitures de

(1) Décret du 18 nov. 1882, art. 5.

(2) Ordonnance du 14 nov. 1837, art. 5. Décret du 18 nov. 1882, art. 5.

l'Etat sont subordonnées à l'approbation du ministre et ne sont valables et définitives qu'après cette approbation (1).

Pour les travaux des communes et établissements de bienfaisance, les adjudications sont soumises à l'approbation du préfet (2).

Les concurrents à une adjudication de travaux de l'Etat, lorsqu'ils ont été évincés, ont qualité pour former un recours contentieux devant le Conseil d'Etat contre les décisions préfectorales ou ministérielles qui auraient rejeté leur réclamation. Le recours doit être fondé sur la violation des formes établies par les règlements, l'inexécution des conditions imposées à l'adjudicataire. Le refus d'approbation ne peut donner lieu à aucun recours.

Enfin il est à remarquer que le principe de l'adjudication étant de susciter la concurrence dans la plus large mesure, cette liberté est sanctionnée par les lois répressives. L'art. 412 du Code pénal, en effet, punit d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de 100 à 5 000 francs ceux qui entravent la liberté des enchères ou qui par dons ou promesses écartent les enchérisseurs. Cette pénalité est-elle applicable aux entrepreneurs de travaux publics faisant partie d'un syndicat

(1) Décret du 18 nov. 1882, art. 17.
(2) Ordonnance du 14 nov. 1837, art. 10.

qui aurait établi des séries de prix fixant une limite inférieure pour combattre l'effet funeste que ce principe d'adjudication sur baisse de prix produit sur l'industrie ? C'est une question d'une très grande importance ; nous croyons que la liberté des syndicats étant reconnue, les entrepreneurs qui agissent ainsi ne font qu'user du libre exercice d'un droit que leur confère la loi et par suite ne doivent encourir aucune pénalité. Il est vrai que les syndicats patronaux ont été fort négligés et que tout l'effort du législateur se porte actuellement sur les syndicats ouvriers qu'il cherche à rendre aussi puissants que possible. C'est d'ailleurs une question sur laquelle nous aurons à revenir dans le paragraphe suivant.

27. — Le marché de gré à gré peut avoir lieu dans certains cas en matière de travaux publics; toutefois il ressort de tous les documents législatifs et officiels que ces cas sont exceptionnels et que l'adjudication constitue bien le mode normal de marchés de travaux publics.

L'ordonnance du 4 décembre 1836, art. 2, énumère limitativement les cas où l'administration peut traiter directement.

Le décret du 18 novembre 1882 maintient ce principe, mais en lui donnant une grande extension qui lui permettra de répondre aux données de la pratique et de remédier dans une certaine me-

sure aux dangers de l'adjudication. L'art. 18 de ce décret autorise, en effet, les marchés de gré à gré pour :

1° Les travaux dont la dépense n'excède pas 20 000 fr. ou s'il s'agit d'un marché passé pour plusieurs années dont la dépense actuelle n'excède pas 5 000 francs.

2° Pour tous les travaux, fournitures ou transports, lorsque les circonstances exigent que les opérations du gouvernement soient tenues secrètes. Ces marchés sont préalablement autorisés par le Président de la République sur un rapport spécial du ministre compétent.

3° Pour les objets dont la fabrication appartient exclusivement à des porteurs de brevets d'invention.

4° Pour les objets qui n'ont qu'un possesseur unique.

5° Pour les ouvrages et objets d'art et de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou industriels éprouvés.

6° Pour les travaux et exploitations qui ne sont faits qu'à titre d'essai ou d'études.

7° Pour les travaux que des nécessités de sécurité publique empêchent de faire exécuter par voie d'adjudication.

8° Pour les objets et matières qui, à raison de leur nature particulière, et de la spécialité de l'em-

ploi auquel ils sont destinés, doivent être achetés et choisis aux lieux de production.

9° Pour les travaux qui n'ont été l'objet d'aucune offre aux adjudications, ou à l'égard desquels il n'a été proposé que des prix inacceptables ; toutefois, lorsque l'administration a cru devoir arrêter et faire connaître un maximum de prix, elle ne doit pas dépasser ce maximum.

10° Pour les travaux qui, dans les cas d'urgence évidente, amenée par des circonstances imprévues, ne peuvent pas subir les délais des adjudications.

11° Pour les fournitures, transports ou travaux que l'administration doit faire exécuter aux lieu et place des adjudicataires défaillants et à leurs risques et périls.

12° Pour les affrètements et pour les assurances sur les chargements qui s'ensuivent.

Comme on le voit, les deuxième, cinquième, septième et dixième cas sont susceptibles d'une interprétation trés élastique. Dans la forme, l'administration se montre soucieuse de conserver le principe de l'adjudication, mais en réalité elle peut facilement s'affranchir, si elle le juge à propos des inconvénients que cette dernière sorte de marchés entraîne.

28. — Dans ce troisième cas, l'administration travaille elle-même et nous n'avons plus à propre-

ment parler de marchés, il y a un simple contrat de louage d'ouvriers.

Il existe plusieurs sortes de régie :

L'entrepreneur n'existe plus ; un agent de l'administration, ingénieur, agent-voyer, officier suivant les cas, joue ce rôle, il règle le travail de façon à avoir la plus grande économie possible et loue des ouvriers qui travaillent sous sa direction ; c'est la régie par économie.

Si la régie n'est pas par économie, elle est simple ou intéressée.

Elle est simple lorsqu'il y a un régisseur qui dirige les travaux moyennant une rétribution fixe. Elle est intéressée quand les travaux sont payés par un entrepreneur auquel on alloue une quote-part des bénéfices pour ses avances ou les fournitures d'outils qu'il fait aux ouvriers.

Les travaux publics sont quelquefois mis en régie soit parce qu'on n'a pas trouvé d'entrepreneurs, soit parce que les travaux sont de nature à ne pouvoir être mis à l'entreprise et dans ces deux cas, la régie est au compte de l'Etat.

Dans les régies intéressées, le payement des dépenses est fait à titre d'avance par l'entrepreneur sur l'ordre du chef de service et il lui est accordé des avantages proportionnels, tant pour les avances de fonds que pour les loyers et l'usure des outils,

ustensiles et machines qu'il peut être appelé à fournir.

L'entrepreneur n'intervient jamais dans les régies par économie qui sont gérées par des agents spéciaux ; ceux-ci, sous la direction des chefs de service, font les commandes et soldent directement les dépenses.

Il leur est fait pour cet objet des avances de fonds relativement minimes et de l'emploi desquels ils doivent justifier dans un court délai.

Quand la régie a pour objet un travail important, on emploie, pour éviter le travail à la journée, des tâcherons de régie qui sont des maîtres ouvriers travaillant à la tâche. Cette méthode est plus économique, mais doit comporter une surveillance extrêmement assidue si le travail est délicat ; car les tâcherons, employant des ouvriers à la journée ont tout intérêt à activer le travail, ce qui a lieu souvent au détriment de la bonne exécution.

L'exemple le plus simple de régie économique est l'entretien des routes par les cantonniers.

Ce sont des agents salariés de l'administration qui exécutent une tâche sous la surveillance des supérieurs. En un mot, c'est l'administration elle-même qui travaille.

§ II. — *Marchés entre particuliers*

29. — Généralités. — Appréciation des différents modes suivis par l'administration. — Concession. — Régie. — Adjudication. — Chambres de commerce et Chambres syndicales. — Marchés de gré à gré. — Résultats.

30. — Principes communs aux différents modes de contrat entre les particuliers.

31. — Concession. — Cas très-rare. — Peu d'importance pour nous.

32. — Adjudication, véritable adjudication privée ou simples annonces. — Importance de cette distinction. — Offre non suivie. — Sanction d'une adjudication privée repoussée par le propriétaire. — Quand le contrat est-il conclu ?

33. — Marchés de gré à gré. — Rédaction. — Convention. — Cahiers des charges. — Importance au point de vue de la nature du contrat.

29. — Après cette digression dont on va apprécier l'utilité, nous allons revenir à notre sujet et parler de l'entreprise entre particuliers puisque tel est notre but ; d'ailleurs cette expression « particuliers » peut s'entendre aussi de l'administration ; nous voulons simplement dire que les parties contractantes ne seront plus astreintes à suivre les formes de contrat édictées par l'administration, tel sera par exemple le cas des marchés de gré à gré de l'administration.

Nous devons d'abord faire la critique des différents modes de marchés administratifs ; car les

marchés entre particuliers n'en sont et n'en peuvent être que des variétés généralisées, l'administration approuvant tous les modes possibles, mais les enfermant dans un cercle étroit de conditions, comme on l'a vu dans le rapide exposé de la précédente section.

La concession ne doit pas nous retenir, ce ne sera pas à proprement parler une entreprise, ce sera une vente ou un louage ; le concédant se désintéresse du but que poursuit le concessionnaire, il n'y a pas contrat en vue d'une œuvre à mener à bien.

Ce mode peut fréquemment s'appliquer quand c'est l'Etat qui concède, car l'Etat a *de plano* la mainmise sur tous les services publics et il peut quelquefois abandonner la direction immédiate de certaines de ces entreprises. Mais il en est autrement entre particuliers. Il est clair qu'une société qui exploite directement a plus d'avantages, en ce faisant, qu'en louant son droit d'exploitation ; puisqu'elle profite du bénéfice réalisé par l'intermédiaire. Or, une société étant fondée dans un but déterminé, on ne conçoit pas bien qu'elle se dessaisisse en partie pour le plus grand profit d'une concurrente.

S'il peut se trouver quelquefois une concession entre particuliers, ce sera une concession à côté de l'entreprise et non en vue de l'entreprise.

Par exemple, une société agricole, ayant pour but l'élevage ou l'agriculture possède des terrains où se trouvent des carrières, et elle concède l'entreprise de ces carrières, car elle n'est pas outillée à l'effet de les exploiter, il y aura bien là concession, mais c'est un simple louage ; c'est un bail à loyer et non une entreprise. Nous n'insistons donc pas sur la concession.

De même pour la régie, encore qu'il s'agisse d'une régie intéressée.

En définitive, le contrat véritable ne peut se former que par adjudication ou marché de gré à gré.

Ces deux modes ont leurs caractères différents, leurs avantages et leurs inconvénients propres.

Si l'adjudication séduit plus en apparence, un examen un peu approfondi en démontre le danger ; aussi avons-nous vu le coup que le décret du 18 novembre 1882 a porté aux adjudications en matière administrative.

Entre les particuliers, où l'intérêt seul est en jeu, sans considérations étrangères sociales ou politiques, le marché de gré à gré est le plus usité car il offre le plus de sécurité réelle à des entrepreneurs sérieux qui veulent faire une œuvre utile.

Quel est en effet le principe de l'adjudication ? Au premier abord il est très séduisant : on excite la concurrence entre plusieurs entrepreneurs simi-

laires et on confie l'entreprise à celui qui se contente du bénéfice le moins élevé.

Ce serait le meilleur système, si tous les entrepreneurs étaient sérieux et si les garanties demandées étaient effectives. Mais il y a un autre principe évident ; c'est que toute chose a son prix. L'administration demande des rabais ; ce serait parfait si ce rabais ne portait que sur le bénéfice de l'entrepreneur ; malheureusement il n'en est rien. L'administration demande d'effectuer un certain travail ; elle sait parfaitement ce que peut coûter ce qu'elle demande ; les chambres de commerce et surtout les chambres syndicales la renseignent à cet égard ; n'oublions pas qu'actuellement tout est tarifié ; le prix des matériaux et la main-d'œuvre des ouvriers. L'élément variable sera donc le bénéfice de l'adjudicataire et l'économie résultant de l'organisation judicieuse des chantiers ; encore ce dernier élément est-il peu variable.

Bref le prix de revient est connu.

Cependant, journellement on voit des entrepreneurs soumissionner à des prix notablement inférieurs. Comment ce fait peut-il se produire ? Il y a à cela deux raisons ; ou bien l'adjudicataire, par un calcul de spéculateur audacieux, veut enlever coûte que coûte l'entreprise à des concurrents et travaillera même à perte ; cela arrive assez fré-

quemment, mais en général ce calcul ne réussit pas à ceux qui le font, et cela se conçoit. Beaucoup d'industriels se sont ruinés dans des adjudications.

Ou bien l'adjudicataire a la ferme intention de ne jamais tenir aucun compte du cahier des charges et d'exécuter l'entreprise le plus économiquement possible. Il est, somme toute, assez facile de tromper sur la qualité du travail accompli, et c'est ce qui arrive la plupart du temps. Le soumissionnaire sera un entrepreneur que guette la faillite et qui risque son dernier atout. Les considérations politiques, analogues à celles qui ont poussé le conseil municipal de Paris à supprimer le cautionnement, faciliteront beaucoup ce calcul; en fait les entrepreneurs qui soumissionnent à l'adjudication offrent peu de garanties réelles, et les travaux qu'ils entreprennent laissent beaucoup à désirer.

Il arrive fréquemment que l'administration soit obligée de faire refaire en régie ce qu'a fait l'entrepreneur et comme généralement ce dernier est, dans ce cas, insolvable, il en résulte qu'en définitive l'administration a payé plus cher que si elle avait traité la première fois d'une façon et à un prix raisonnables.

Donc le résultat le plus sûr de l'adjudication, pour les travaux publics où un contrôle ab-

solu (1) est impossible, est de donner, pour ainsi dire, une prime à la fraude, et d'encourager les accaparements.

Nous avons bien vu dans le paragraphe précédent que l'article 412 du Code pénal sanctionne la liberté des adjudications ; mais en pratique l'application de cet article est bien difficile. L'autorité administrative et même la loi ont institué des conseils d'industriels sous le nom de chambres syndicales, chambres de commerce, conseil supérieur du travail et autres commissions. Ces différentes assemblées coopèrent à l'œuvre commune de la bonne répartition du travail et par suite du bénéfice et il est intéressant d'en étudier l'organisation et le mécanisme.

On désigne sous le nom de chambres de commerce des réunions de commerçants qui s'occupent des intérêts du commerce et émettent des avis sur les lois, règlements et traités qui le concernent.

Dans plusieurs Etats, et notamment en France, les chambres de commerce ont un caractère officiel. Avant le XVIII^e^ siècle, il n'existait des chambres de commerce qu'à titre exceptionnel dans quelques villes du royaume. On croit que

(1) Le danger est beaucoup moins grand pour des adjudications de fournitures. La réception peut, en effet, purger réellement le vice de mauvaise exécution que nous signalons.

la première chambre de commerce a été celle de Marseille qui a existé dès le XVI[e] siècle. En 1700, une chambre de commerce fut aussi établie à Dunkerque, un arrêt du conseil du 30 août 1701 autorisa l'établissement de chambres particulières de commerce dans les villes de Lyon, Rouen, Bordeaux, Toulouse, Montpellier, La Rochelle, Nantes, Saint-Malo, Lille et Bayonne. Des chambres de commerce ne furent créées dans ces villes que successivement. Des villes très importantes n'en eurent jamais sous l'ancienne monarchie ; il en était ainsi de Paris où les juges consuls y jouaient le rôle qu'y aurait rempli une chambre de commerce. L'arrêt de 1701, relatif aux chambres de commerce, se rattachait à un autre arrêt du 29 juin 1700 qui avait organisé à Paris un conseil de commerce pour tout le royaume. Les chambres particulières de commerce avaient pour mission principale de transmettre avec leur avis les mémoires des intéressés concernant le commerce. La loi du 13 juin 1791 défendit aux citoyens exerçant un même état de s'associer. Une mention faite au procès-verbal de l'assemblée constituante indiqua que la loi ne s'appliquait pas aux chambres de commerce. Mais la suppression de ces chambre fut prononcée par la loi spéciale du 29 septembre 1791. Elles furent rétablies par un décret du 3 nivôse an XI. Le mode d'élection des cham-

bres de commerce et leurs attributions ont depuis ce décret subi des modifications profondes. Les règles qui les régissent actuellement se trouvent surtout dans les décrets du 3 septembre 1851 et du 30 août 1852, dans la loi du 21 décembre 1871 et dans le décret du 22 janvier 1872.

Les chambres de commerce ne sont pas réparties régulièrement sur la surface du territoire français. Le gouvernement en crée là où il le juge utile par des décrets rendus après avis du conseil d'Etat. Il a été souvent question de créer une chambre de commerce par département. La circonscription de chaque chambre de commerce n'a pas la même étendue. Elle est déterminée par le décret d'institution. S'il est muet sur ce point, la circonscription de la chambre de commerce s'étend à tout le département dans le cas où il n'y existe pas déjà d'autre chambre de commerce. Dans le cas contraire, elle comprend seulement l'arrondissement. Les chambres de commerce ont toujours été électives depuis le décret du 3 nivôse an XI, mais la composition du corps électoral a subi de nombreuses variations. Le principe du suffrage universel, appliqué aux tribunaux de commerce, ne l'est pas jusqu'ici aux chambres de commerce. Le corps électoral est composé conformément à la loi du 21 décembre 1871 (décret du 22 janvier 1872).

Sont éligibles les commerçants et les agents de

change âgés de 30 ans, inscrits à la patente depuis cinq ans et domiciliés au moment de l'élection, dans le ressort de la chambre de commerce ; les personnes ayant rempli pendant cinq ans les fonctions de directeur de sociétés anonymes ; les capitaines au long cours et les maîtres au cabotage ayant commandé pendant cinq ans et justifiant des mêmes conditions d'âge et de domicile, inscrits sur la liste des électeurs ou étant dans les conditions voulues pour y être inscrits ; les anciens commerçants et agents de change ayant exercé le commerce durant le même temps. Les membres des chambres de commerce sont élus pour six ans et renouvelés par tiers tous les deux ans. Ils peuvent être réélus. Le nombre des membres de chaque chambre est fixé par le décret de création ; il ne peut être inférieur à neuf, ni supérieur à vingt et un. Les chambres de commerce élisent leur bureau. Mais le préfet ou le sous-préfet, suivant les localités, est membre né de la chambre, il la préside quand il assiste aux séances. Les chambres de commerce ont des attributions variées qu'on peut diviser en trois catégories : 1° Elles ont avant tout des attributions consultatives. Elles donnent au gouvernement des avis et renseignements qui leur sont demandés sur les faits et les intérêts industriels et commerciaux de toute nature (décret du 3 septembre 1851, art. 12). Il n'est pas nécessaire que

l'avis soit conforme. En principe même, l'avis des chambres de commerce n'est que facultatif. Cependant l'avis préalable des chambres de commerce est obligatoire pour la création des magasins généraux (Loi 31 août 1870, art. 1), pour la détermination des marchandises dont la vente volontaire aux enchères et en gros est permise (Loi 28 mai 1858). Du reste, sans même être consultées, les chambres de commerce peuvent présenter des vues sur les moyens d'accroître la prospérité du commerce et de l'industrie, sur les améliorations législatives, sur les travaux publics. 2° Les chambres de commerce peuvent créer et administrer certains établissements. Elles administrent les bourses de commerce qui existent dans le lieu où elles siègent. Elles administrent aussi les établissements créés par elles pour l'usage du commerce, tels que magasins de sauvetage, remises et remorquages, conditions pour les soies, services de manutention à la douane, entrepôts, cours publics pour la propagation des connaissances industrielles et commerciales, etc. Elles peuvent être chargées d'administrer des établissements du même genre créés par l'autorité publique. 3° Les chambres de commerce ont enfin des attributions relativement à l'établissement des cours de marchandises dans les bourses de commerce. Ces attributions leur appartiennent depuis la suppression

du privilège des courtiers de marchandises opérée par la loi du 18 juillet 1866. Avant cette loi, c'étaient les courtiers qui constataient les cours des marchandises (ancien art. 78,C. com). D'après la loi du 18 juillet 1866 (art. 9),les cours sont constatés par les courtiers de marchandises inscrits dans les villes où il y en a. Quand les courtiers inscrits ne représentent pas suffisamment tous les genres de commerce,la chambre de commerce peut leur adjoindre des courtiers non inscrits de la place. Dans les villes où il n'y a pas de courtiers inscrits, le cours des marchandises est constaté par des courtiers et par des négociants désignés par la chambre de commerce. Celle-ci détermine les marchandises dont le cours doit être constaté.

Les chambres de commerce constituent des personnes morales depuis le décret du 3 septembre 1851. Ce décret les déclare établissements d'utilité publique. Mais on peut soutenir que ce sont de véritables établissements publics (1). Les chambres de commerce jouent depuis quelques années, en matière de travaux publics, surtout dans les ports maritimes, un rôle important que les lois n'ont pas prévu. Elles font à l'Etat des avances pour l'exé-

(1) Aucoc, *Conférence sur l'administration et le droit administratif.* T. I, pp. 199 et 205.

cution des travaux publics, spécialement pour l'agrandissement et l'amélioration des ports, ou lui accordent même des subventions. En pareil cas, les chambres de commerce sont autorisées à faire un emprunt; puis elles reçoivent aussi l'autorisation de percevoir, afin d'assurer le paiement des intérêts et le remboursement de la somme empruntée, soit un droit de tonnage sur les navires qui entrent dans les ports, soit des droits spéciaux payés par les personnes qui profitent d'un établissement ou qui usent d'une installation (magasin de dépôt, service de remorquage, etc., etc). Beaucoup de publicistes demandent qu'on aille plus loin et que les chambres de commerce soient chargées de faire exécuter elles-mêmes et à leurs frais des travaux en recevant des subventions de l'Etat. C'est le système pratiqué en Angleterre. Les chambres de commerce ne peuvent ni correspondre entres elles ni se réunir. Ces prohibitions sont fâcheuses; car il y a des questions d'intérêt commun.

Les chambres de commerce ont des dépenses ordinaires d'entretien et des dépenses très variées pour les encouragements au commerce, pour l'enseignement commercial, etc. Des décrets fixent les sommes à imposer chaque année pour subvenir aux dépenses. Les sommes sont réparties sur certaines classes de patentés. Le projet de budget de

chaque chambre est préparé par elle et soumis à l'approbation du ministre du commerce.

En dehors des chambres de commerce organisées en France en vertu des lois françaises, il y a des chambres de commerce françaises dans les pays étrangers. Ce sont des réunions entièrement libres de commerçants français exerçant leur commerce dans ces pays. Ces chambres fournissent des renseignements sur les débouchés ouverts au commerce français, constatent les usurpations des marques françaises, etc. Le gouvernement ne s'occupe des chambres de commerce françaises à l'étranger que pour leur accorder parfois des subventions. Il y a aussi des chambres de commerce étrangères en France (1).

On appelle chambres syndicales des associations de commerçants, d'industriels ou d'ouvriers qui se sont donnés pour but de protéger les intérêts généraux des groupes qu'elles représentent, de présenter aux autorités compétentes toutes demandes de réformes ou de mesures utiles au commerce ou à l'industrie et de donner leur concours aux réclamations qui pourraient être formulées dans un intérêt commun devant les tribunaux, les administrations, les chemins de fer, etc. Les chambres syndicales interviennent également pour régler à

(1) Ch. Lyon-Caen.

l'amiable les différends qui peuvent surgir entre leurs membres et même pour exercer devant les tribunaux, notamment les tribunaux de commerce, le rôle d'arbitre sur les affaires litigieuses rentrant dans leur compétence professionnelle. La création de ces associations remonte au commencement du siècle. On en explique l'origine par une sorte de réaction contre les lois révolutionnaires qui ont supprimé les maîtrises et jurandes et brisé les corporations. On remarque que les lois des 2-17 mars et des 14-17 juin 1791, tout en détruisant l'obstacle que le lien corporatif, sous toutes ses formes, mettait au libre exercice du travail et en assurant ainsi d'une manière inattaquable la liberté du commerce et de l'industrie, ont eu pour conséquence d'isoler le travailleur et même le patron et d'affaiblir ainsi l'industrie. Cette préoccupation très légitime de mettre fin à l'isolement des membres d'une même profession et de leur assurer les avantages de l'association, en ce qui concerne tout au moins les intérêts communs, apparaît en effet au début de toutes les chambres syndicales. Il faut remarquer d'ailleurs que les chambres syndicales se distinguent profondément des anciennes corporations d'arts et métiers en ce sens que l'adhésion de ceux qui les composent est purement facultative et ne résulte pas, comme sous le régime aboli en 1791, du fait même de la profession

exercée. Cette profession reste toujours libre et peut s'exercer en dehors de la chambre syndicale, qui n'a d'ailleurs aucune action coercitive sur ses adhérents. Néanmoins, comme la loi des 14-17 juin 1791, restée en vigueur jusqu'en 1884, interdisait formellement toute association, toute assemblée corporative des « citoyens, ouvriers et artisans de même état et profession », il est hors de doute que les chambres syndicales, tant qu'elles n'étaient pas autorisées par le gouvernement ou par la loi, constituaient une contravention permanente à cette loi. Aussi ont-elles été pendant longtemps simplement tolérées. Avant la loi du 21 mars 1884, les chambres syndicales n'étaient susceptibles de recevoir aucune autorisation ni reconnaissance légale, et l'administration pouvait les dissoudre instantanément par simple mesure de police. Un rapport de M. de Forcade, ministre d'Etat (30 mars 1868) définit clairement cette situation : « L'administration n'a pas à intervenir dans la formation des chambres sydicales ; elle ne serait amenée à les interdire que si, contrairement aux principes posés par l'assemblée constituante dans la loi du 17 juin 1791, les chambres syndicales venaient à porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie où si elles s'éloignaient de leur but pour devenir à un degré quelconque des réunions politiques non autorisées par la loi. »

Malgré cette précarité, le gouvernement a souvent eu recours aux lumières des chambres syndicales, notamment dans certaines enquêtes générales. Les tribunaux de commerce, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus, et quelquefois aussi les tribunaux civils les ont prises comme arbitres rapporteurs dans un grand nombre de litiges. Mais cette procédure ayant donné naissance à des plaintes, une circulaire du garde des sceaux en date du 9 janvier 1875 y a mis fin en vertu des considérations suivantes : « Le tribunal de commerce, en désignant une chambre syndicale comme arbitre rapporteur, n'observe pas les termes de l'art. 427 du C. de procéd. civ., d'après lequel il doit être nommé trois arbitres et d'après lequel, par conséquent, les désignations doivent être individuelles. L'usage suivi enlève en outre indirectement aux parties en cause la faculté de récusation qui leur est accordée par l'art. 430 du même Code. »

Depuis cette décision ministérielle, lorsque les membres des chambres syndicales sont appelés à prêter leur concours aux tribunaux de commerce, ils ne le font qu'à titre individuel et sans rien emprunter à l'organisation syndicale soit pour l'étude du point en litige, soit pour la rédaction de leur rapport. Il y a lieu d'ajouter que, nonobstant la décision ministérielle, les chambres syndicales jouent encore tous les jours le rôle d'amiables

compositeurs pour les différends qui surgissent entre leurs membres et même entre ceux-ci et des tiers. Cette disposition, qu'on trouve dans la plupart de leurs statuts, n'oblige nullement les tiers et ne constitue même entre les associés qu'un lien moral sans sanction légale tant qu'un litige n'est pas soulevé.

Le développement des chambres syndicales a été rapide en France surtout depuis 1860. Les industries du bâtiment, très actives à Paris à cette époque, y ont formé un groupement important de plusieurs chambres (maçonnerie, charpente, serrurerie etc.), qu'on a appelé groupe de la Sainte-Chapelle, du nom de la rue où il s'est d'abord constitué. Un autre groupe de chambres syndicales, représentant la plupart des industries parisiennes, siège rue de Lancry. En dehors de ces deux groupes, il existe à Paris un certain nombre de chambres syndicales libres qui n'ont aucune attache entre elles, mais qui, cependant, presque toutes, ont adhéré à l'organisation du Comité central des chambres syndicales de Paris, composé des présidents de toutes les chambres syndicales. D'après le règlement élaboré par ce Comité, son objet est : 1° de conserver, d'étendre et de propager l'institution des chambres syndicales qui ont donné leur adhésion au dit règlement ; 2° d'entretenir à cet effet entre les représentants des dites

chambres, des conférences régulières sur les intérêts du commerce et de l'industrie et sur les diverses questions concernant le fonctionnement des chambres syndicales en vue du développement de leur action morale et matérielle ; 3° de représenter les chambres syndicales adhérentes dans toutes les circonstances où une action commune est jugée nécessaire pour le bien du commerce et de l'industrie et dans l'intérêt de l'institution des chambres syndicales. En résumé, l'organisation du système syndical à Paris se compose : d'une part, des chambres syndicales isolées ; d'autre part, des deux groupes de la Cité et de la rue de Lancry ; enfin d'un régulateur des mouvements indépendants des comités et des groupes, le comité central. D'autres syndicats importants existent dans certaines villes de France, entre autres le syndicat des soies de Lyon, les unions du Havre, de Bordeaux et de Marseille ; mais s'ils ont peu d'attaches avec Paris, leur organisation et leur fonctionnement sont identiques. Le nombre des chambres syndicales est d'environ 180 à Paris et 250 en province.

Tout ce qui précède s'applique aux chambres syndicales de patrons et de chefs d'industrie. Des associations analogues se sont établies entre ouvriers. Les expositions en ont été l'occasion. Les délégations d'ouvriers envoyées à Londres en 1863

et celles qui furent chargées d'étudier l'exposition universelle de Paris en 1867 formèrent le noyau des premières chambres syndicales ouvrières. Il en existe aujourd'hui environ 250 à Paris et 700 dans les départements. On comprend que leur but diffère sur certains points de celui des chambres patronales. Tandis que les syndicats de patrons ont surtout pour objet d'étudier les questions économiques intéressant les professions exercées par leurs membres, notamment celles qui sont relatives aux droits de douane et aux transports, les syndicats d'ouvriers s'organisent principalement en vue de défendre les prétentions de leurs membres dans leurs constatations avec les patrons et, si une solution amiable était impossible, de préparer et soutenir les grèves. L'activité incessante des chambres syndicales, l'accroissement rapide de leur nombre et de leur importance appelèrent sur ces institutions l'attention du public et du gouvernement, et dès 1879 il fut question de les placer sous un régime spécial. On a vu qu'elles étaient jusqu'alors simplement tolérées ; ce système, qui est encore aujourd'hui celui d'un grand nombre d'associations, avait de graves inconvénients pour les syndicats dont les intérêts pécuniaires notamment étaient insuffisamment protégés contre les trésoriers infidèles et les héritiers des trésoriers. Patrons et ouvriers réclamaient contre le peu de sin-

cérité de l'institution et sollicitaient une organisation légale qui permît aux syndicats d'acquérir la personnalité civile sans être assujettis à des formalités longues et onéreuses devant lesquelles la plupart d'entre eux avaient reculé. Pour donner satisfaction à ce vœu général, le gouvernement présenta à la Chambre des députés, le 22 novembre 1880, un projet de loi, qui, longuement discuté et amendé par la Chambre et le Sénat, est devenu la loi du 21 mars 1884. Voici les dispositions principales de cette loi ; aux termes de l'art. 1er sont abrogés la loi des 14-17 juin 1791 et l'art. 416 du C. pén. De cette abrogation résultent les conséquences suivantes : le fait de se concerter en vue de préparer une grève n'est plus un délit ni pour les syndicats de patrons, d'ouvriers, d'entrepreneurs d'ouvrage, ni pour les ouvriers, entrepreneurs d'ouvrage, patrons non syndiqués. Cessent d'être considérés comme des atteintes au libre exercice de l'industrie et du travail les amendes, défenses, prescriptions, interdictions prononcées par suite d'un plan concerté (circ. minist. du 25 août 1884). L'art. 1er de la loi déclare en outre que les art. 291 à 294 du C. pén. et la loi du 17 avril 1834 ne sont pas applicables aux syndicats professionnels ; on sait que ces dispositions placent sous la surveillance et astreignent à l'autorisation du gouvernement les associations de

plus de vingt personnes. L'art. 2 déclare que les syndicats ou associations professionnelles, même de plus de vingt personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des professions connexes concourant à l'établissement de produits déterminés, pourront se constituer librement sans l'autorisation du gouvernement. Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet, dit l'art. 3, l'étude et la défense des intérêts économiques industriels, commerciaux et agricoles. Les fondateurs de tout syndicat professionnel doivent déposer les statuts et les noms de ceux qui, à un titre quelconque, seront chargés de l'administration ou de la direction. Ce dépôt a lieu à la mairie de la localité où le syndicat est établi et à Paris à la préfecture de la Seine ; il doit être renouvelé à chaque changement de la direction ou des statuts ; communication des statuts doit être donnée par le maire ou par le préfet de la Seine au procureur de la République. Les membres de tout syndicat professionnel chargés de l'administration ou de la direction de ce syndicat doivent être français et jouir de leurs droits civils (art. 4). Les syndicats professionnels de patrons ou d'ouvriers ont le droit d'ester en justice ; mais ils ne peuvent acquérir d'autres immeubles que ceux qui sont nécessaires à leurs réunions, à leurs bibliothèques et à des cours d'instruction profession-

nelle. L'art. 6, qui stipule ces conditions, les autorise en outre à constituer des caisses de secours et de retraite, des offices de renseignements pour les offres et demandes de travail, et à donner des avis sur les différends et litiges rentrant dans leur compétence. Chaque membre peut se retirer à tout instant de l'association, tout en restant, s'il le désire, membre des sociétés de secours ou de pensions auxquelles il aurait contribué. Les art. 8 et 9 établissent des sanctions à la prohibition d'acquérir des immeubles hors les cas prévus ci-dessus et des amendes en cas d'autres infractions. Enfin la loi autorise (art. 5) les unions de syndicats. Le but de ces unions doit être d'aider les syndicats dans leur œuvre, d'étudier et de défendre leurs intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. En aucun cas, elles ne peuvent se transformer en associations politiques, et comme cette transformation serait au plus haut point dangereuse, les pouvoirs publics devront veiller avec soin à ce qu'elle ne se produise pas. C'est à cause de cette éventualité que le Sénat a résisté quelque temps au vote de l'art. 5. On signalait les dangers que pouvait causer la création possible d'une fédération ouvrière, couvrant toute la France, comprenant trois millions de membres, véritable armée ayant des ressources, une discipline, une direction unique et constituant un Etat dans l'Etat. A ces craintes

on a opposé l'esprit de modération dont avaient fait preuve précédemment les unions de syndicats ouvriers dans les questions de salaires, l'utilité de leur intervention pour empêcher ou faire cesser les grèves intempestives, et les préventions du Sénat se sont dissipées. On a d'ailleurs fait remarquer très justement que si l'art. 5 permet les unions de syndicats, il écarte le danger le plus sérieux qu'on pourrait redouter de la formation de ces unions en leur refusant, avec la personnalité civile, la possibilité d'avoir une caisse commune qui absorberait les caisses de divers syndicats.

En dehors des syndicats de patrons et d'ouvriers, il nous reste à signaler les syndicats agricoles qui se sont formés sur plusieurs points de la France en vue de se procurer certains avantages par la concentration de certaines opérations d'achat ou de vente. Parmi ces opérations on peut indiquer l'approvisionnement des engrais, achetés en gros et mis à la disposition des membres du syndicat moyennant remboursement du prix de revient, la formation de laboratoires où chacun des membres peut faire analyser ses produits et les matières fertilisantes qu'il emploie, etc. Il est à peine besoin de dire que si des associations de ce genre n'avaient qu'un but exclusif de gain par l'abaissement des frais généraux au profit de leurs adhérents, c'est à

tort qu'elles prendraient le nom de syndicats ou de chambres syndicales et qu'elles prétendraient bénéficier des dispositions de la loi du 21 mars 1884.

On voit donc qu'en vertu même de leur but, ces assemblées peuvent être amenées à donner officiellement leur avis sur une adjudication. Comment donc les blâmer si elles le font ou même si, sans acte officiel, dans une de ses discussions quasi familiales une d'entre elles émettait un avis sur telle adjudication annoncée ? Les industriels et les commerçants savent parfaitement ce que parler veut dire : et ils n'ignorent pas qu'il est dangereux pour eux de contrevenir à cet avis en soumissionnant au-dessous du prix indiqué ; ils se mettent en lutte avec la collectivité, et, si la chambre syndicale est sérieuse, ils savent très bien qu'ils auront de grandes chances d'être brisés. C'est pourquoi certains soumissionnaires acharnés ont, comme nous le disions, mauvaise réputation.

Mais quel blâme adresser à la chambre syndicale ? apporte-t-elle une entrave à la liberté des enchères. En fait, évidemment oui. L'article 412 du Code pénal est-il applicable ? nous ne le croyons pas. L'art. 1^er^ de la loi du 21 mars 1884 a formellement abrogé l'art. 416 du Code pénal. Ne semble-t-il pas que le but même de ces assemblées serait

illusoire si un avis qu'elles auraient donné, dans les circonstances que nous avons en vue, devait les rendre passibles des peines de l'art. 412 du Code pénal ?

En principe nous sommes donc opposés aux adjudications, parce que leur application est irréalisable d'une façon satisfaisante. Basée sur un principe d'équité, l'adjudication se fausse en s'appliquant et produit des effets diamétralement opposés. C'est une généreuse utopie qui ne doit pas entrer dans la réalité, car si on veut l'appliquer rationnellement, elle perd sa raison d'être et demeure inférieure aux simples marchés de gré à gré, du moins en ce qui nous concerne.

Examinons maintenant les marchés de gré à gré.

Tout y est mieux équilibré en vue d'une œuvre féconde, simplement parce que les parties se choisissent avec la plus entière liberté.

Comme nous le disions précédemment,le prix de revient est relativement facile à déterminer ; dès lors, le propriétaire qui veut faire exécuter son entreprise s'adressera aux entrepreneurs qui lui présentent toutes garanties et verra le bénéfice qu'ils se proposent de réaliser. Le prix sera plus élevé qu'en procédant par adjudication, mais on aura le choix : le travail sera bien exécuté. D'ailleurs la concurrence existera toujours, car il y a plus d'un

entrepreneur sérieux ; seulement elle sera bornée aux limites réelles dans lesquelles elle peut s'exercer d'une façon efficace, et il arrivera souvent dans la pratique des affaires que le prix le moins élevé sera repoussé et qu'on stipulera même une majoration pour faire exécuter le travail par un entrepreneur offrant toute la sécurité désirable (1).

Cette simple comparaison montre le mode qui doit être employé le plus souvent pour les entreprises privées de travaux publics, ce sera le marché de gré à gré : le contrat direct.

Nous examinerons cependant l'effet des adjudications privées, car nous y trouverons une très intéressante question de droit dont l'intérêt est plutôt spéculatif, il est vrai, mais qui peut se rencontrer dans la pratique ; c'est l'effet juridique d'une annonce d'adjudication, émanant de particuliers, car la question est bien tranchée en droit administratif.

30. — Nous avons étudié dans le chapitre précé-

(1) Nous avons rencontré l'exemple suivant assez courant dans la pratique :

Une société (ou propriétaire quelconque) veut faire exécuter un travail délicat ou sérieux et s'adresse à l'entrepreneur qui lui demande le plus cher, sachant parfaitement qu'il sous-traitera, lui indiquant même, au besoin, les sous-traitants qui, naturellement, exécuteraient l'œuvre à un prix moins élevé ; mais elle y trouve encore son compte dans la garantie que présente pour elle l'entrepreneur direct.

C'est, on le voit, un principe absolument opposé à celui des adjudications.

dent les conditions de capacité des contractants, c'est-à-dire que nous sommes restés dans les questions préliminaires et générales que peut soulever notre contrat, nous abordons maintenant le fond de la question, les parties sont capables et veulent contracter, quelle voie vont-elles suivre ? Le premier acte qu'elles feront pourra maintenant les engager, elles devront donc agir avec la plus grande circonspection.

La première chose à faire quand on veut conclure un contrat, c'est de savoir au juste le but qu'on se propose. Ce principe est de toute évidence, néanmoins il est bon de le rappeler, car souvent il est très négligé dans la pratique.

Celui qui veut faire exécuter des travaux publics doit donc avant toute chose faire une étude préparatoire, dresser un avant-projet, car lui, mieux que, tout autre est à même de faire cet avant-projet.

Souvent il arrive, en effet, que le maître a lui-même une entreprise d'une autre nature que celle qu'il se propose de faire exécuter ; ce sera, par exemple, une société minière qui fait exécuter des travaux de terrassement ou une société agricole qui afferme des carrières ; en tous cas, les terrains d'exécution, les chantiers seront alors communs ; le travail du maître et celui de l'entrepreneur se gêneront mutuellent, s'encombreront, le maître devra donc rédiger en conséquence un minutieux

cahier des charges pour parer le plus possible aux fâcheuses éventualités qui ne manqueront pas de se produire.

Ou alors ce sera une puissante société financière qui n'a en vue qu'une simple exploitation et fait exécuter ses travaux par un entrepreneur très général, mais dans ce cas encore il est de toute évidence que de telles sociétés ne se livreront pas les yeux fermés (1) et feront des études préparatoires pour savoir au moins sur quelles bases traiter.

On voit que, dans ces conditions, le cahier des charges sera minutieusement étudié.

La conséquence sera par suite que l'entrepreneur jouera très souvent le rôle d'un sous-entrepreneur ou tout au moins un rôle intermédiaire entre celui d'un sous-entrepreneur et celui d'un entrepreneur. Il sera dans une situation analogue à celle d'un entrepreneur vis-à-vis d'un architecte, pour nous servir des termes du législateur du Code civil, et on conçoit la profonde différence qui existe en notre cas et celui des « devis et marchés » du Code civil.

D'ailleurs, dans l'intérêt des deux parties, il importe que la convention elle-même et le cahier des

(1) Remarquer la profonde différence que nous signalions déjà au titre précédent entre le maître dans une entreprise de travaux publics et le maître tel que le comprend le législateur du Code civil dans la section des devis et marchés.

charges soient minutieusement étudiés, ils doivent être le fruit de profondes discussions, auxquelles prendront part à la fois des ingénieurs et des jurisconsultes car les complications et les difficultés qui peuvent survenir durant l'exécution des travaux ou après leur achèvement sont infinies, comme nous le verrons dans les chapitres suivants et les gens qui ne voient la question que d'un seul côté commettent le plus souvent de lourdes erreurs.

Généralement le contrat se traite entre ingénieurs et ceux-ci s'imaginent trancher la difficulté en réglant par un compromis les points litigieux qui peuvent apparaître et en stipulant que les arbitres ne jugeront qu'en équité indépendamment de toutes formalités de procédure et même en s'affranchissant de toutes dispositions législatives.

Mais souvent un tel compromis sera radicalement nul, et cette nullité échappe aux ingénieurs qui signent ce compromis (1).

A l'inverse, les difficultés matérielles passeront inaperçues des seuls jurisconsultes.

Toutes les clauses du contrat doivent être minutieusement étudiées, nous les reprendrons ulté-

(1) Notamment, en matière de mines, les compromis d'arbitrage sur les difficultés entre les concessionnaires et les propriétaires du sol, comme toutes les autres conventions ayant pour but de fixer l'indemnité à allouer sont nuls, comme contraires à l'ordre public.

rieurement ; les cas de force majeure notamment doivent être stipulés d'une manière explicite, et là, le concours des hommes de l'art est nécessaire, car la force majeure est souvent une chose essentiellement relative.

Les clauses générales sont indépendantes de la forme matérielle du contrat, elles seront d'ordinaire contenues dans un cahier des charges annexé soit à la convention, soit à l'annonce d'adjudication suivant la forme employée pour le contrat.

31. — La pratique des adjudications n'est guère suivie par les particuliers, du moins en ce qui concerne les travaux publics ; pour les marchés de fournitures, au contraire, elle est plus employée, car elle présente moins de dangers, comme nous le signalions précédemment.

Examinons donc quel est le mécanisme juridique employé et mis en œuvre dans l'adjudication.

L'annonce de l'adjudication constitue une offre, qui marque le consentement d'une partie.

Les soumissionnaires manifestent de même leur consentement. A quel moment le contrat est-il parfait ? Quand y a-t-il accord des volontés ? Quand les pollicitations sont-elles transformées en contrat synallagmatique ? Partant, celui qui annonce une adjudication est-il en droit de retirer ses offres et de ne tenir aucun compte

des soumissions qui lui sont adressées, ou doit-il forcément traiter avec le soumissionnaire qui lui fait le rabais le plus considérable s'il n'a d'ailleurs aucun motif légitime de ne pas le faire ?

Bien entendu il s'agit d'une véritable annonce d'adjudication et non d'une simple demande de renseignements aux entrepreneurs capables d'exécuter les travaux.

Cette distinction sera très délicate à faire suivant les espèces. Les juges du fond auront qualité pour trancher le différend d'une façon absolue. Nous pensons que la plupart du temps il s'agira d'une demande de renseignements, et s'il peut arriver que telle n'est pas la pensée ni l'intention des parties, c'est parce que les entrepreneurs comme le maître lui-même suivent les errements de l'administration et conviennent tacitement de l'imiter pour la forme des contrats comme pour leur interprétation.

En ce qui concerne les entreprises administratives, la question est tranchée ; les concurrents, évincés sans motifs, peuvent former un recours contentieux devant le conseil d'Etat. Mais nous sommes alors dans une matière spéciale, ce sont des mesures administratives que ne sanctionne expressément aucune loi.

En droit commun, quel serait l'effet d'une annonce d'adjudication ?

Nous pensons qu'il ne peut y avoir là qu'une offre, mais que si cette offre est réelle, si en un mot le maître a bien entendu ouvrir une adjudication et non se renseigner simplement, cette offre l'engage ; en un mot que les décrets et ordonnances administratives sanctionnent ou plutôt développent le droit commun. Ce sera un acte unilatéral engageant la partie de qui il émane.

La question qui nous occupe se ramène donc à celle-ci : l'offre est-elle obligatoire avant toute obligation corrélative d'un co-contractant ?

D'ordinaire les auteurs ne sont pas de cet avis, et résolvent négativement la question précédente ; car disent-ils, aux termes de l'art. 1108 du Code civil, pour qu'il y ait obligation, il faut consentement, or, le consentement veut un accord de volontés comme l'indique l'origine même du mot *cum sentire*.

C'est là un argument bien spécieux et nous pensons qu'expliquer le mot « obligation » par le mot « consentement » n'est pas plus rationnel au point de vue grammatical que ne le serait le contraire. Les mots ont quelquefois dévié de leur sens étymologique et les exemples en sont nombreux dans la langue française ; il vaut mieux rechercher dans la loi elle-même l'intention du législateur que dans une lointaine étymologie. Ceux qui prétendent que le consentement est

l'accord des volontés prétendent que cet acte est essentiellement bilatéral : or, que viendraient alors signifier dans la langue française les expressions « consentement mutuel » que serait-ce qu'un « consentement non mutuel » ? Le verbe « consentir » lui-même exigerait toujours deux sujets et ne devrait s'employer qu'au pluriel.

Le consentement est l'accord des volontés, dit-on; pour nous, nous croyons que « consentement » est à peu de chose près synonyme de « volonté », du moins tel est le sens dans lequel le législateur a employé ce mot. L'art. 1108 parle en effet du consentement de la partie qui s'oblige. Si le législateur avait eu en vue un acte bilatéral, il aurait rédigé ainsi l'art. 1108 : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité des conventions :

« Le consentement des parties, etc. (1) ».

Même dans un contrat unilatéral ce consentement existe, mais il est d'une nature différente entre les parties ; l'une a la volonté de s'obliger, l'autre a la volonté de profiter de l'obligation.

(1) Exposé des motifs de la loi sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général par le conseiller d'Etat Bigot-Préameneu :

« L'équité ne peut reconnaître comme obligatoire une convention, *si la partie qui s'engage n'y a pas consenti,* si elle est incapable de contracter, s'il n'y a pas un objet certain qui forme la matière de l'engagement, si cet engagement n'a pas de cause et si cette cause n'est pas licite ».

L'article 932 du Code civ. (1) ne serait donc qu'une simple redite, dans sa première partie au moins, et deviendrait absolument inutile : la donation est un contrat unilatéral, et avec l'interprétation que nous combattons, il est clair qu'elle doit être nulle tant qu'elle n'est pas acceptée, car le consentement, l'accord des volontés n'existe pas avant. Pourquoi le législateur aurait-il pris soin d'exprimer sa pensée d'une façon aussi explicite s'il ne faisait que répéter un principe commun ?

La réalité, c'est qu'une offre s'adresse toujours à quelqu'un et que par suite l'accord des volontés exigé par le législateur est escompté à l'avance par l'auteur de l'offre. Le consentement de l'autre partie existe, seulement il ne se manifeste pas ; l'offre s'adresse à une personne indéterminée : à tous ceux qui veulent l'accepter. Si personne ne se présente, matériellement l'obligation de l'auteur ne sera pas sanctionnée ; personne ne pourra en poursuivre l'exécution devant la justice ; mais est-ce une raison pour dire que cette obligation n'existe pas ? C'est un peu confondre le droit avec la procédure,

(1) Code civil, art. 932 :

« La donation entre vifs *n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.*

« L'acceptation pourra être faite du vivant du testateur par un acte postérieur et authentique dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet à l'égard du donateur que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié. »

la preuve du contrat avec son existence (1).

Pour nous, nous croyons que l'offre existe, car elle constitue elle-même un contrat dont une partie est inconnue ou mieux indéterminée (2) ; et plus, telle nous semble être la pensée du législateur, telle qu'elle ressort de la comparaison des art. 1108 et 932.

La jurisprudence est d'ailleurs constante en notre sens, en matière commerciale du moins ; les prospectus constituent des offres qui engagent leurs auteurs.

Nous voyons que, dans notre espèce, l'autorité administrative partage la même opinion pour les adjudications : ce sont des offres qui engagent leurs auteurs ; et tout soumissionnaire a une action pour obliger l'auteur, en l'espèce l'administration, à remplir ses engagements.

(1) Sur cette question : voir René Worms, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations.*

(2) Tel est le cas des affiches offrant une récompense à celui qui retrouve un objet perdu ; il n'y a bien qu'une offre, mais qui oblige son auteur ; elle s'adresse à tout le public, et celui qui remplit la condition, qui retrouve l'objet perdu, a un droit évident.

La question n'est pas nouvelle. A Rome, les offres aux personnes morales (*vota* aux dieux, *pollicitationes* aux cités) engageaient leurs auteurs ; la personne morale était sensée être toujours consentante. De même les promesses de récompense à ceux qui ramèneraient les esclaves fugitifs (*Indicium*. Girard, *Textes*, p. 769).

Remarquer qu'à l'encontre du législateur du Code civil et de la règle de l'art. 1108, le droit romain mentionnait la nécessité du consentement des deux parties. *Pactum est duorum consensus atque conventio ; pollicitatio vero offerentis solius promissum.* Dig 50, 12.

Nous concluons par suite que, pour les particuliers aussi, l'adjudication, comme toute offre quelconque, est obligatoire, qu'un tiers quelconque aura le droit de soumissionner s'il satisfait à toutes les conditions et ne pourra être évincé sans motifs par l'auteur de l'offre (1).

Remarquons d'ailleurs qu'en matière administrative, comme nous le disions plus haut, où *stricto sensu* l'adjudication n'est, comme partout d'ailleurs, qu'une offre, les soumissionnaires lésés ont un recours contentieux devant le conseil d'Etat et la soumission peut être cassée si les formes édictées n'ont pas été suivies. Ce n'est là à proprement parler qu'une solution d'espèces, mais nous voyons que l'administration est d'accord avec les nouveaux textes législatifs étrangers et qu'elle les a même précédés dans cette voie.

En outre, beaucoup de sociétés industrielles importantes et notamment les compagnies de chemin de fer suivent les mêmes formalités que l'administration pour leurs marchés, et s'adressent d'ailleurs aux mêmes entrepreneurs que cette dernière.

(1) L'évolution juridique se fait d'ailleurs dans ce sens, les nouveaux Codes de commerce chilien, allemand et autres reconnaissent la force obligatoire de l'offre dans certains cas particuliers. C'est une fissure qui deviendra rapidement une large brèche, par laquelle la force obligatoire de l'offre s'introduira dans toutes les législations, y obtiendra droit de cité et finalement sera unanimement reconnue.

Il suit de là que les tribunaux pourront trouver de puissants arguments d'analogie pour interpréter le contrat d'adjudication dans ce sens et sanctionner la validité d'une telle offre en la considérant comme engageant son auteur avant toute intervention et toute acceptation d'autre personne.

33. — Les marchés de gré à gré seront la vraie forme des contrats d'entreprise de travaux publics, comme aussi celle qui présente le plus de garanties.

La forme sera authentique ou sous seings privés, peu importe, d'ailleurs nous ne voyons aucune utilité à choisir la forme authentique ; une convention sera conclue entre les parties ou leurs représentants dûment autorisés et cette convention formera la base du contrat. Elle traitera d'ordinaire les points de droit qui peuvent présenter des difficultés, et ces points auront une grande importance. Tels seront les effets des événements de force majeure, leur définition même, les délais de prise en charge, les dommages-intérêts moratoires, le règlement des difficultés durant le cours des travaux, les effets de la réception et le compromis d'arbitrage.

A cette convention sera joint un cahier des charges qui la complètera en spécifiant les obligations matérielles imposées à l'entrepreneur, qui lui aussi, aura une grande importance, car il sera le côté technique de la convention.

Il doit être minutieusement étudié. En se reportant aux cahiers de charges de l'administration, on en voit des exemples très bien faits. D'ailleurs ces cahiers de l'administration serviront le plus souvent de modèles pour les conventions entre les particuliers qui se contenteront d'y apporter les modifications nécessaires. C'est pourquoi nous disions au Titre I de cet ouvrage que les décisions administratives et même les décrets et ordonnances rendus en cette matière avaient une importance considérable à notre point de vue, car, par suite de l'habitude des parties, le droit administratif est pour ainsi dire le droit commun entre les entrepreneurs.

La principale différence entre nos entreprises et les entreprises de l'administration sera que l'emploi de sous-entrepreneurs sera presque toujours autorisé et cette différence se comprend facilement.

Dans les travaux administratifs le maître, en l'espèce l'administration, est très compétent par lui-même ; l'administration des ponts et chaussées, par exemple, confie l'exécution d'une partie d'une route à un entrepreneur de travaux publics ; elle exige que cet entrepreneur travaille directement, car elle aurait eu tout avantage à en prendre un autre s'il ne le fait; mais pour une société privée il en est autrement, cette société peut ne pas être compétente par elle-même (si par exemple

c'est une société purement financière) et confier l'exécution des travaux à un entrepreneur général qui la doublera pour ainsi dire et pourra à son tour sous-traiter, comme fait l'administration quand elle traite directement, car en dernière analyse l'administration des Ponts et chaussées joue envers l'Etat le rôle d'un entrepreneur général.

Donc, quand il s'agit de travaux administratifs, la prohibition des sous-traités non autorisés est absolue et doit être appliquée alors même que le cahier des charges spéciales de l'entrepreneur serait muet sur ce point et qu'il s'agirait de travaux publics autres que ceux des Ponts et chaussées ou du ministère de la guerre (1).

Pour les travaux privés (2), au contraire, une telle clause ne sera pas forcément sous-entendue, ce sera exclusivement une question d'espèces. Si on peut la considérer comme clause de style et jusqu'à un certain point tacite dans les contrats où le maître est à même de diriger en personne les travaux, comme une compagnie de chemins de fer par exemple ; il nous paraît difficile de l'admettre

(1) Christophe et Auger, t. I, n° 554, p. 269. Dans ce sens, Conseil d'Etat, 13 juillet 1892, affaire département de la Haute-Garonne. D. P. 93, 5, 601.

(2) Admettent la cession : MM. Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl. *Du contrat de louage*, Larombière, I, art. 1122, 2117 et 28. Tel était l'avis de Pothier.

En sens contraire, Frémy-Ligneville et Perriquet, Guillouard.

comme telle dans la plupart des autres cas, d'autant plus qu'elle est absolument contraire au droit commun.

Nous pensons donc que la solution la plus rationnelle est, en l'absence d'une clause la prohibant, de considérer comme parfaitement licite la cession partielle et même totale de l'entreprise à un sous-entrepreneur (1).

En cas de cession partielle de l'entreprise, les tribunaux, à défaut de convention et de prix déterminé, en fixeront les conditions (2).

Un point sur lequel nous appelons l'attention : c'est, dans la rédaction du cahier des charges, de bien préciser la nature des obligations mises à la charge de l'entrepreneur au point de vue de l'exécution matérielle des travaux ; souvent on lui impose une nature spéciale de matériaux, une méthode déterminée de travail ; on réduit en un mot sa liberté, par suite son initiative et aussi sa responsabilité. Si le cahier des charges n'est pas très clair sur ce point, il en résultera que les parties auront l'une vis-à-vis de l'autre une situation respective mal définie ; ce qui sera un grand incon-

(1) Sur cette question voir Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl. *Du contrat de louage*, t. II, p. 449. Ces auteurs sont dans notre sens.

(2) Décidé que, selon l'usage, à défaut de clause, le sous-traitant doit faire un rabais d'au moins 15 0/0 à l'entrepreneur principal pour que le marché de ce dernier lui laisse un bénéfice. Paris, 27 avril 1894, *Gaz.* Palais, Table 1er semestre 1894.

vénient pour la détermination des responsabilités. Si la méthode imposée est reconnue défectueuse par l'entrepreneur, quel est en effet son droit ? Doit-il renoncer à l'entreprise ? mais alors il encourra très probablement des dommages-intérêts pour rupture du contrat ou du moins aura juste sujet de redouter une telle éventualité, si ses craintes ne sont pas justifiées d'une façon absolument évidente, ce qui sera le cas général. Continuera-t-il l'entreprise ? Si, comme le font certaines décisions de jurisprudence, on voit un forfait analogue à ceux du Code civil dans celles de nos entreprises qui en offrent les apparences contractuelles, il perdra le bénéfice sur lequel il comptait car les travaux seront probablement plus coûteux. D'un autre côté s'il exécute le travail tel qu'il est primitivement conçu, il aura grand sujet d'être inquiet au point de vue de sa responsabilité (1).

La situation est inexplicable, car le mode d'exécution pratique de nos entreprises est essentiellement variable suivant les circonstances naturelles.

L'entrepreneur pour se garantir devra en outre indiquer au cahier des charges la façon dont il entend organiser ses chantiers. Surtout pour les

(1) Nous avons rencontré des exemples de cette situation et on comprend à quel résultat arrivent ceux qui veulent, malgré tout, nous imposer les règles des devis et marchés telles qu'elles sont établies par le Code civil.

entreprises dans les pays étrangers et différents des nôtres au point de vue social, naturel et climatérique, cette organisation est fort délicate, il peut survenir des maladies, des rixes entre ouvriers, des grèves, des inondations, des attaques à main-armée, qui dans nos pays constituent des cas de force majeure et sont des faits normaux dans les pays lointains.

Si toutes ces circonstances ne sont pas bien prévues et que l'entrepreneur ne veuille pas continuer son travail, cela lui sera relativement facile, il trouvera bien un cas de force majeure, quitte à le provoquer ; il est si facile actuellement pour le patron de susciter une grève parmi ses ouvriers sans se mettre aucunement dans son tort.

Donc tous ces faits doivent être examinés dans la mesure des prévisions possibles. Les situations respectives des parties doivent être bien définies ; en un mot on doit s'efforcer avec le plus grand soin de prévenir les difficultés qui peuvent surgir, et généralement on s'apercevra dans la suite qu'il en reste encore de nombreuses qu'on a laissées inaperçues.

TITRE III

Exécution de l'entreprise.

34. — Généralités. — Questions soulevées par l'exécution des travaux.

34. — Dans le titre précédent nous avons étudié les conventions qui préparent et organisent l'entreprise. Nous allons étudier dans celui-ci les difficultés qui peuvent se produire en cours de travail et les obligations réciproques des parties durant cette période.

Nous n'examinerons pas tous les incidents qui peuvent survenir, ces questions ont été pour la plupart étudiées par les auteurs qui se sont occupés des travaux publics de l'administration ; beaucoup de ces incidents relèvent en effet du seul droit commun par suite de l'absence de textes spéciaux. Nous nous bornerons donc à signaler les difficultés résultant de la fausse application des art. 1792 et s. du Code civil, en un mot nous nous attacherons aux particularités qui distinguent nos entreprises d'avec les entreprises de maisons d'habitation de la section des devis et marchés ou d'avec les travaux publics de l'administration.

CHAPITRE Ier

DURÉE DES TRAVAUX

35. — Généralités.

35. — Dans nos entreprises, plus encore que dans celles de l'administration, la durée des travaux a une importance considérable. Souvent une Société compte réaliser des bénéfices à partir d'une époque déterminée ; pour elle, l'exécution des travaux est la période préparatoire et improductive ; elle escompte les gains que lui procurera l'exploitation pour distribuer des dividendes ou faire face à ses échéances ; un simple retard même minime pourra amener des revirements en bourse d'où pourrait dépendre l'existence même de la Société ; une telle éventualité sera moins à redouter pour les entreprises administratives ; néanmoins on conçoit l'importance capitale que présente la durée des travaux et on ne saurait trop insister sur l'imprévu qu'elle peut comporter en rédigeant en conséquence le cahier des charges et la convention elle-même.

SECTION PREMIÈRE

Commencement des Travaux

36 — Délais de prise de possession des chantiers.

37. — Evénements modifiant ce délai. — Force majeure. — Insuffisance des études préparatoires.

36. — Il sera stipulé d'ordinaire un certain délai pour permettre à l'entrepreneur de s'organiser avant de prendre possession des chantiers de l'entreprise. Ce délai sera variable et déterminé par les parties. Les intérêts du maître et de l'entrepreneur seront d'ailleurs contraires ; on conçoit que, le plus souvent, le maître aura hâte de voir terminer l'entreprise, et même s'il s'agit d'une société financière de voir le travail commencer promptement, au lieu que l'entrepreneur préférera gagner du temps pour pouvoir se préparer avant de commencer le travail, car du jour de la prise en charge courront les délais d'exécution, dont l'inobservation pourra lui être préjudiciable. En l'absence de conventions sur ce point, les tribunaux auront un pouvoir souverain d'appréciation ; ils détermineront si ces délais sont tacitement compris dans ceux indiqués pour toute l'entreprise, ou si ce détail a échappé à l'attention des parties. Ils devront tenir compte de l'éloignement des emplacements des

travaux à exécuter et des usages adoptés en cette matière.

37. — Si le délai a été spécifié, il se peut que des événements imprévus viennent le modifier. Dans ce cas, il ne saurait être question d'indemnité à accorder au maître par l'entrepreneur pour retard apporté à l'exécution des travaux, car nous sommes en dehors du délai fixé pour cette exécution.

Si par exemple des événements de force majeure surviennent ; il peut y avoir controverse sur leurs effets durant le cours des travaux, mais non quand ils se produisent avant leur ouverture. Les délais accordés à l'entrepreneur pour se préparer devront être augmentés, sauf convention contraire et expresse.

Il en sera de même pour l'insuffisance des études préparatoires ; le cas pourra se présenter pour les petites entreprises situées au loin ; si la convention et le cahier des charges ont été établis d'après un avant-projet dressé par le maître et que l'entrepreneur, une fois arrivé sur les lieux, s'aperçoive que le projet est inexécutable ou qu'il y a lieu de procéder à des études supplémentaires. Dans le premier cas, le contrat sera même annulé, si l'erreur est substantielle. Il n'y aura même pas lieu de discuter si l'article 1793 du Code civil doit s'appliquer, car le consentement de l'entrepreneur n'existera pour ainsi dire pas.

Dans le second cas, le contrat devra être modifié plus ou moins profondément et ce sera là une question d'espèce (1).

SECTION II

Durée de l'éxécution

38. — Généralités. — Evénements pouvant modifier le délai fixé.

38. — En principe, les travaux doivent être terminés dans le délai convenu (2) et l'entrepreneur en retard de livrer doit une indemnité.

En est-il de même quand le délai prévu était manifestement trop court? Ce sera là une question d'espèce. Si l'entrepreneur a formellement accepté une sorte de forfait de temps, en prenant à sa charge tous les cas de force majeure quels qu'ils soient, on devra s'incliner devant la netteté d'une pareille convention. Si au contraire il y a doute ou si l'entrepreneur n'a traité que sur les renseignements que lui a fournis le maître, on devra lui accorder un délai de grâce, car il y aura une erreur légère dans son consentement au moment de la conclusion du contrat (3).

(1) Il est bien entendu que, d'après notre opinion, l'art. 1793 du Code civil ne doit jamais s'appliquer à nos entreprises.

(2) Guillouard, II, n. 816

(3) Dans notre sens Argou, liv. III. *Contra* Guillouard.

Deux sortes d'événements indépendants de l'entrepreneur pourront donc modifier la durée de l'entreprise. Ce seront les cas fortuits et les difficultés que le maître peut susciter à l'entrepreneur.

§ I. — *Cas fortuits*

39. — Définition des cas fortuits. — Distinction. — Double problème. — Espèces. — Effet ordinaire des cas fortuits.

40. — Cas fortuits inévitables ou prévus ou événements de force majeure.

41. — Cas fortuits évitables ou imprévus. — Exemple. — Difficultés imprévues d'exécution. — Effets de ces circonstances en cas de silence des conventions.

39. — La définition des cas fortuits est extrêmement complexe, et leur étude particulière comporterait un développement qui nous force à la négliger dans cet ouvrage.

Leur classification est fort difficile à faire car leur nature est essentiellement variable. Pour nous, nous ne saurions voir une limite bien précise entre les cas prévus et les cas fortuits ; la diversité des décisions de jurisprudence nous confirme d'ailleurs dans cette opinion (1). Nous ne voyons là qu'une différence dans la force, et cette différence procède par degrés insensibles.

(1) Voir D. A. les décisions du Conseil d'Etat en matière de Travaux publics.

La différence nous paraît moins indistincte si on s'attache au résultat de l'événement. Il est bien évident que si une entreprise a lieu par exemple dans des pays particuliers où le sol est très volcanique, les parties pourront prévoir l'éventualité d'un tremblement de terre ou de l'éruption d'un volcan et cependant ne pourront rien faire pour s'en préserver, car il s'agit là d'une force supérieure aux forces humaines et que, même quand on la prévoit, on ne peut s'en garantir.

Au contraire, une inondation se produit dans des circonstances exceptionnelles ; si ce cas avait été prévu par l'entrepreneur, ce dernier aurait pu facilement construire une digue qui l'aurait préservé.

On voit l'immense différence entre ces deux cas. Nous n'insisterons donc pas là-dessus et nous désignerons les premiers par cas fortuits prévus ou événements de force majeure et les seconds par cas fortuits imprévus.

Ces deux sortes d'événements soulèvent un double problème, on peut examiner leurs conséquences au point de vue du délai d'exécution et au point de vue du dommage résultant de la destruction de l'ouvrage. Dans cette section, nous examinerons seulement leur conséquence au point de vue des délais d'exécution de l'entreprise.

40. — Pour les cas fortuits prévus ou événements de force majeure proprement dits, il ne saurait y avoir ici de difficultés. Il est clair que sans examiner à laquelle des parties ils doivent en définitive préjudicier, on ne saurait sans injustice ne pas en tenir compte à l'entrepreneur ; une force contre laquelle il ne peut lutter vient détruire son travail peut-être presqu'achevé, il doit par suite lui être accordé un délai pour le refaire.

41. — Pour les cas fortuits imprévus la question est beaucoup plus délicate (1), car comme la force

(1) Parmi les cas fortuits de ce groupe il en est un qui doit être toujours envisagé, c'est la grève des ouvriers. A vrai dire c'est là un événement intermédiaire dans la classification que nous nous proposons ; car si, d'un côté, cette éventualité doit toujours être prévue, il est clair que, d'un autre côté, et sans préjuger en rien de la légitimité des revendications respectives du patron et des ouvriers, l'entrepreneur peut l'éviter en cédant constamment.

Il importe donc, quand il se produit une grève, que l'entrepreneur la dénonce au maître et même lui en fasse connaître les motifs pour mettre sa responsabilité à couvert ; c'est pour cela que nous conseillons à l'entrepreneur de s'étendre sur l'organisation de ses chantiers et même de mentionner ses sous-contrats avec les ouvriers dans le cahier des charges ; il fera ainsi approuver en quelque sorte ses actes, en tant que patron, par le maître, et sera couvert par la clause tacite suivante : qu'il n'accepte le contrat que si tout se passe comme il le prévoit vis-à-vis des ouvriers. Nous savons bien qu'une pareille clause est fort délicate, c'est pourquoi on ne la mentionne guère en pratique, d'où il suit que toutes les décisions judiciaires considèrent la grève comme cas de force majeure, sans distinguer les motifs qui l'ont provoquée. Or, il est bien certain que rien n'est plus facile pour un patron que de susciter une grève parmi ses ouvriers même en restant

n'est pas par elle-même insurmontable, il est clair que l'entrepreneur ne sera véritablement exempt de faute que si l'accident était véritablement im-

strictement dans son droit vis-à-vis d'eux. Donc si un entrepreneur se trouve en retard, il peut employer ce procédé pour faire prolonger ses délais ; il est vrai que le principe *fraus omnia corrompit* lui est opposable, mais c'est là une règle bien difficile à mettre en pratique car la fraude doit être prouvée.

Sans insister sur le droit de grève, nous pensons que si nulle faute n'est relevée à l'encontre de l'entrepreneur, les délais devront être prolongés purement et simplement sans dommages-intérêts. Si les ouvriers se mutinent et détruisent les travaux exécutés par l'entreprise, ce sera là un cas de force majeure, et sans examiner qui devra, en définitive, supporter les frais de reconstruction, il est évident que les délais devront être encore augmentés de ce chef.

Pour nous la grève n'est que la rupture du contrat de louage par la volonté des ouvriers.

S'ils se mettent en grève sans motifs légitimes et que la forme de leur louage d'ailleurs s'y prête, ils devront des dommages-intérêts à leur patron exactement comme ce dernier en doit à l'ouvrier qu'il congédie sans motifs. Il est vrai que la perception des dommages-intérêts sera le plus souvent illusoire, mais le législateur ne pourrait-il pas remédier à cet état de choses ? Dans un projet de loi récent (projet Bovier-Lapierre) on proposait des peines correctionnelles contre les patrons qui cherchaient à apporter la plus petite entrave à la liberté des syndicats ouvriers. Sans aller jusque-là, ne pourrait-on pas, vis-à-vis des ouvriers, rétablir une sorte de contrainte par corps qui dédommagerait le patron et déciderait, par exemple, que le fait d'une grève injustifiée n'étant, juridiquement parlant, que la rupture sans motif du contrat de louage, les ouvriers devront de ce chef payer des dommages-intérêts à leur co-contractant, en l'espèce le patron, et que s'ils ne peuvent les acquitter pécuniairement, ces dommages-intérêts se traduiront par une prestation en nature qui consistera en un certain nombre de journées de travail non rétribuées qu'ils devront au patron, sous la sanction d'une peine privative de liberté, quelques jours de prison de simple police par exemple s'ils ne veulent effectuer ladite prestation.

prévu, étant données les circonstances de l'entreprise. Si par exemple l'inondation était tout à fait exceptionnelle, ou si la tempête avait une violence inaccoutumée.

L'appréciation de ces circonstances, et par suite la qualification de ces événements, appartiendra entièrement aux juges du fait et on ne saurait indiquer de règles fixes.

Il est cependant un point sur lequel nous insistons, c'est sur les difficultés imprévues d'exécution que l'entrepreneur peut rencontrer. On considère d'ordinaire (1) que toutes les difficultés d'exécution, aussi grandes qu'elles soient, doivent être prévues par l'entrepreneur qui, par suite, ne saurait aucunement les invoquer pour obtenir une prolongation de délais. Nous sommes d'un avis opposé. Il se peut qu'on découvre en cours de travail des difficultés absolument imprévues qui modifient totalement le contrat comme nous le verrons plus loin ; par suite nous admettrons *a fortiori* que ces difficultés doivent avoir leur influence sur les délais d'exécution et que l'entrepreneur doit obtenir une prolongation (2). L'opinion contraire se base sur un argument d'analogie tiré de l'art. 1793 et qui consiste à dire que les

(1) Dans ce sens Guillouard.

(2) Voir au Titre I ce que nous disons de la nature des entreprises industrielles.

travaux imprévus ne pouvant modifier les conditions de prix d'un marché à forfait, il doit en être de même pour une entreprise dont la durée fixée à l'avance constitue par suite un forfait de temps.

Ce raisonnement se trouve à notre sens doublement en défaut. L'analogie entre le prix et le temps n'est pas de toute évidence ; de plus il s'appuie toujours sur un article que nous écartons complètement.

Donc nous pensons que s'il se produit un cas fortuit de cette nature, ce sera toujours une question d'espèce ; il est impossible de rien préjuger en l'absence des données de fait et d'établir une règle générale pour une espèce déterminée d'accidents. Les juges ou arbitres devront donc estimer si oui ou non l'entrepreneur est en faute, s'il a été imprévoyant ; car en dernière analyse c'est à ceci que se ramène notre question, et une fois ce point fixé, ils devront, s'il échet, prononcer une peine contre lui, peine qui se traduira par des dommages-intérêts proportionnés à la gravité de la négligence.

§ II. — *Fautes du maître.*

42. — Entraves matérielles apportées à l'exécution des travaux. — Retard aux constatations et aux réceptions partielles. — Difficultés à ce sujet.

43. — Entraves morales. — Non payement des acomptes.

42. — Indépendamment des cas fortuits de tous genres et des fautes qu'il peut commettre, d'autres événements dus à la mauvaise volonté du maître peuvent forcer l'entrepreneur de surseoir à ses travaux.

Le maître peut d'abord apporter des entraves d'un ordre tout matériel à l'exécution de l'entreprise. Si, par exemple, une partie des chantiers de l'entreprise est commune à l'entrepreneur et au maître, ce dernier pourra l'occuper, en gênant l'organisation du travail de l'entrepreneur, et le mettre ainsi dans l'impossibilité de rien faire *inter moras litis* si une instance prend naissance.

En l'absence de clauses du cahier des charges il pourra aussi retarder une expertise amiable entre les parties, ayant pour but de vérifier, par exemple, les dégâts produits par un événement de force majeure ; et nuire ainsi au travail de l'entrepreneur qui n'osera réparer le dommage avant de l'avoir fait constater, dans le but de conserver ses droits ; si ce cas est spécifié dans la convention.

Il pourra aussi susciter des difficultés sur les réceptions partielles devant avoir lieu en cours d'entreprise et portant soit sur une partie d'ouvrage achevée, soit sur les matériaux qui doivent être employés.

De même il pourra naître des conflits relatifs à l'exécution même du travail quand une certaine

méthode de travail aura été prescrite par le cahier des charges.

Ce sont là des circonstances de fait qu'il est impossible d'énumérer, mais qui peuvent être extrêmement nombreuses.

43. — Le maître peut aussi susciter des difficultés d'un ordre purement moral.

On conçoit facilement combien il est facile de soulever des questions litigieuses dans des entreprises aussi importantes que les nôtres. Les relations quasi-journalières des parties, une correspondance comminatoire feront souvent hésiter l'entrepreneur qui craindra de travailler en pure perte, si le maître devient insolvable, ou si ses réclamations lui paraissent tant soit peu fondées. Ces hésitations bien naturelles auront leur contrecoup dans la marche des travaux qui se ralentira forcément.

Une difficulté de cet ordre doit surtout attirer notre attention, c'est celle qui consiste dans le refus du maître d'effectuer les payements partiels, sous un motif quelconque. Il est clair que, devant un tel refus, l'entrepreneur devra prendre des mesures en conséquence pour sauvegarder ses droits.

Mais il se peut aussi que les refus du maître aient une apparence de raison, que l'entrepreneur qui, pour ce seul motif arrête, les travaux se

mette en faute et que cette faute entraîne pour lui des conséquences qui se traduiront par des dommages-intérêts si, dans la suite de l'entreprise, il ne peut regagner le temps perdu. Ce sera là une question d'espèce et il est inutile de s'y arrêter plus longtemps, il nous suffit d'indiquer la difficulté.

§ III. — *Conséquences de la prolongation des délais.*

44. — Effets des fautes respectives des parties, cas où il n'est pas dû de dommages-intérêts, cas où ils sont dus au maître ou à l'entrepreneur.

44. — Les différentes circonstances qui forcent l'entrepreneur à prolonger les délais fixés par la convention se traduiront donc de façons différentes au point de vue des responsabilités pécuniaires.

Si aucune faute n'est relevée, s'il s'agit bien d'un cas fortuit, les délais seront prolongés, purement et simplement, il n'en résultera pas de dommages-intérêts pécuniaires pour aucune des parties.

Si l'entrepreneur est en faute ou simplement négligent, il devra payer au maître des dommages-intérêts proportionnés à la gravité de la faute et au préjudice qu'elle fera éprouver au maître.

S'il est au contraire démontré que les entraves à l'exécution des travaux sont causés directement

ou indirectement par le maître, s'il en résulte un préjudice pour l'entrepreneur par suite de la prolongation des délais, ce qui arrivera d'ordinaire, car ce dernier devra payer ses ouvriers pendant un temps supérieur à celui qui aurait été nécessaire à l'exécution du travail, l'entrepreneur sera en droit d'obtenir du maître des dommages-intérêts, car il éprouve un préjudice par sa faute et qu'il doit en être indemnisé par lui.

CHAPITRE II

DROITS ET OBLIGATIONS DE L'ENTREPRENEUR PENDANT L'EXÉCUTION DES TRAVAUX

45. — Généralités. — Droits et obligations résultant des différents contrats et sous-contrats.

45. — Le contrat d'entreprise ne met *ab initio*, comme tout contrat de louage, que deux parties en présence ; le locateur, qui sera en l'espèce l'entrepreneur, et le locataire qui sera le maître.

Il en résultera d'abord des relations entre le maître et l'entrepreneur qui se traduiront par des droits et des obligations réciproques.

Mais pendant l'exécution des travaux l'entrepreneur pourra avoir d'autres droits et d'autres obligations, résultant soit de contrats, soit de quasi-contrats, délits ou quasi-délits, par suite des relations qu'il aura avec ses ouvriers ou les tiers.

Il convient donc d'examiner successivement ces différents cas.

SECTION PREMIÈRE

Droits et obligations de l'entrepreneur à l'égard du maître.

46. — Délais d'achèvement. — Responsabilité. — Restitution des plans et objets du maître.

47. — Faculté de sous-traiter. — La faculté de sous-traiter est-elle licite ? — Droits du sous-traitant et du cessionnaire. — Responsabilité du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur.

46. — En synthétisant les différentes obligations que l'entrepreneur a contractées vis-à-vis du maître, on voit qu'elles se ramènent toutes à ceci : exécuter convenablement sa prestation et dans les délais voulus. D'où il suit :

Que l'entrepreneur ne devra pas être en retard dans sa livraison ; c'est la question des délais que nous avons examinée précédemment (1).

Que l'entrepreneur devra exécuter convenablement son travail : c'est la très importante question de la responsabilité, que nous étudierons au titre suivant (2) et qui est un des points principaux de cet ouvrage.

Que l'entrepreneur devra après l'exécution des travaux restituer les plans et le matériel mis à sa disposition par le maître. C'est une question que nous traiterons ultérieurement (3).

(1) *Supra*, n° 38 et s.
(2) *Infra*, n° 67 et s.
(3) *Infra*, n° 67 et s.

Donc, durant l'exécution des travaux il n'y a guère de règles générales à établir. Ce seront des questions d'espèces, résultant des conventions des parties.

Ainsi quand les chantiers resteront communs, les obligations du maître et de l'entrepreneur seront réciproques; ils ne devront pas se gêner mutuellement. De même il pourra naître des difficultés sur les réceptions partielles, le paiement des acomptes et l'acceptation des décomptes. Ce sont là des règles particulières qui peuvent trouver place dans une étude des travaux administratifs, car il y aura là, en résumé, une interprétation de conventions précises : des cahiers des charges des administrations ; mais pour nous qui nous réglons sur le Code civil, il est impossible de rien dire de précis.

47. — Une seule faculté dont jouit l'entrepreneur est intéressante à étudier, et encore cet intérêt est-il surtout relatif au premier abord.

C'est la faculté qu'a l'entrepreneur de sous-traiter (1), qui lui est absolument interdite par les cahiers des charges de l'administration.

Cette faculté lui a toujours été reconnue.

Elle résulte bien de l'œuvre tout entière du législateur, car tout droit est cessible et que l'article 1717 du Code civil, écrit pour le bail à loyer

(1) Sur cette question voyez aussi *supra*, n° 33.

des maisons ou biens ruraux, nous fournit un sérieux argument d'analogie (1). Les conventions administratives même nous fournissent aussi des arguments puisque les cahiers des charges ont cru devoir prohiber expressément cette faculté. Les décisions du conseil d'Etat, qui sont d'avis que cette prohibition est toujours sous-entendue quand une convention particulière est muette à cet égard, font seulement œuvre d'interprétation générale eu égard aux conventions usuelles de l'administration et n'ont nullement entendu dire que cette faculté est prohibée par nos lois.

La tradition est également dans notre sens ; tel était en effet l'avis de Pothier (2).

Certains auteurs n'admettent pas cette faculté de céder ou de sous-traiter à moins « qu'il ne s'agisse d'un ouvrage tellement ordinaire qu'il puisse être indifféremment fait par l'un ou par l'autre (3) ». Ces auteurs font donc intervenir la notion d'habileté personnelle et partant de là prohibent la cession de travaux de cette nature.

Cette distinction a évidemment une grande importance. Mais dans nos entreprises, ce qui fait

(1) Dans ce sens, Larombière, 1, art. 422, n° 17, 218. Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Du contrat de louage*, t. II, n° 2006.

(2) N° 420 et 421.

(3) Fremy-Ligneville et Perriquet, I, n. 15.
Guillouard, n° 818.

préférer un entrepreneur à un autre c'est sa solvabilité et sa garantie, or cette garantie subsiste avec la cession totale ou partielle ; donc cet argument tombe.

La vérité est qu'il faut distinguer. S'agit-il d'une cession totale ? elle sera licite. S'agit-il au contraire d'une cession partielle ? Elle sera absolument illicite.

C'est la célèbre question du marchandage (1). La cession partielle est prohibée non parce qu'elle porte préjudice au maitre, mais parce qu'elle léserait profondément les intérêts des ouvriers et qu'elle est interdite expressément par le décret du 2 mars 1848 et l'arrêté du 21 mars de cette même année (2).

(1) Voyez l'annexe à la fin de l'ouvrage.

(2) Décret du 2 mars 1848. — Sur le rapport de la Commission du Gouvernement pour les travailleurs, —

Considérant : 1° Qu'un travail manuel trop prolongé non seulement ruine la santé du travailleur, mais encore, en l'empêchant de cultiver son intelligence, porte atteinte à la dignité de l'homme ; — 2° que l'exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchandeurs ou tâcherons, est essentiellement injuste, vexatoire et contraire au principe de la fraternité ;

Le Gouvernement provisoire de la République décrète : 1° La journée de travail est diminuée d'une heure. En conséquence, à Paris, où elle était de onze heures, elle est réduite à dix, et, en province, où elle avait été jusqu'ici de douze heures, elle est réduite à onze ; — 2° l'exploitation des ouvriers par des sous-entrepreneurs ou marchandage est abolie. Il est bien entendu que les associations d'ouvriers qui n'ont point pour objet l'exploitation des ouvriers les uns par les autres ne sont pas considérés comme marchandage.

Quoi qu'on ait pu dire sur le mérite de ces décrets, sur leur injustice évidente, quoiqu'en fait ils n'eussent jamais été appliqués, jusqu'en 1897, où un avocat politique les exhuma à l'appui de sa cause et de ses théories sociales, il n'en est pas moins vrai que, par suite de la négligence du législateur, ces décrets dictés par l'émeute n'ont jamais été abrogés (pas même lors de la dissolution des ateliers nationaux) et qu'étant encore en vigueur, il faut bien reconnaître que, contrairement à l'avis de la Cour de Paris, ils prohibent tout marchandage qu'ils qualifient d'exploitation. C'est une utopie socialiste mise sous forme de loi, que la pratique a rapidement abrogée, mais qui néanmoins, au seul point de vue juridique, a toujours sa pleine vigueur.

Dans ce qui va suivre, nous considérerons ces décrets comme abrogés de fait et nous admettrons

Arrêté du 21-24 mars 1848. — Considérant que le décret du 2 mars qui détermine la durée du travail effectif et qui supprime l'exploitation de l'ouvrier par voie de marchandage n'est pas universellement exécuté en ce qui touche à cette dernière disposition ; considérant que les deux dispositions contenues dans le décret précité, sont d'une égale importance et doivent avoir force de loi ;

Arrête : Toute exploitation de l'ouvrier par voie de marchandage sera punie d'une amende de cinquante à cent francs pour la première fois ; de cent à deux cents francs en cas de récidive, et, s'il y avait double récidive, d'un emprisonnement qui pourrait aller de un à six mois. Le produit des amendes sera destiné à secourir les invalides du travail.

la validité de toute cession totale ou partielle partielle comme l'a fait la Cour de cassation.

En cas de cession du marché, le cessionnaire a tous les droits de l'entrepreneur dont il est l'ayant cause, mais il n'en a pas d'autres, c'est le droit commun, personne ne pouvant se créer à soi-même un droit quelconque.

Il n'y a pas lieu d'examiner si l'art. 1798 du code civil s'applique au sous-traitant, car nous avons dit que nous considérions toute cette section du code civil comme ne nous étant pas applicable.

Le maître garde son recours contre l'entrepreneur et le cessionnaire, (1) à moins qu'il n'ait consenti formellement à décharger l'entrepreneur principal. Mais il est cependant évident que c'est le seul cessionnaire qui doit supporter le dommage des responsabilités s'il est solvable, en ce sens que si le maître a une action contre l'entrepreneur, ce dernier à son tour en a une contre le cessionnaire.

S'il s'agit d'un sous-traitant ou cessionnaire partiel, le maître n'aura pas d'action directe ; c'est une mesure d'organisation intérieure des chantiers. L'entrepreneur principal existera seul pour le maître, à moins que, d'après les circonstances du fait, ce dernier ait entendu avoir le sous-traitant comme entrepreneur direct (2).

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. c.*, n° 2009.
(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. c.*, n° 1910.

Les auteurs qui admettent que nos entreprises sont assujetties aux règles des devis et marchés, écartent néanmoins l'art. 1793 c. civ. dans les rapports de l'entrepreneur et du sous-traitant (1). « Car l'art. 1793 ne parle que du propriétaire, du reste cette disposition a eu pour but de protéger le propriétaire contre le dol de l'entrepreneur, et il va sans dire qu'on renverserait les rôles en accordant la même protection à l'entrepreneur (2). »

Nous sommes absolument de cet avis et nous remarquons même que ces auteurs partagent à leur tour notre manière de voir ; ils écartent l'art. 1793 qui n'a plus d'utilité, l'entrepreneur n'ayant pas à être protégé. Dans nos entreprises, le motif est le même pour écarter, comme nous le faisons, cet article dans les rapports entre le maître et l'entrepreneur. Somme toute ces auteurs donnent cette solution, parce qu'ils considèrent ces articles du code civil comme des textes d'un caractère essentiellement étroit ; nous ne faisons pas autre chose.

Le prix de la cession est fixé librement par les parties ; elles peuvent stipuler ou que le cessionnaire payera une somme au cédant ou, qu'au contraire ce dernier, se déchargeant d'un marché onéreux, payera une somme au cessionnaire.

(1) Cassation, 3 août 1868. D. 69, 1, 228. Guillouard, II, n° 888.
(2) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.* n° 2013.

A défaut de prix convenu on doit supposer que la cession totale du marché n'est qu'une substitution faite sans prix.

La cession partielle, au contraire, est onéreuse et les tribunaux, dans le silence des conventions, en déterminent le prix (1).

Selon l'usage, le rabais fait par le sous-traitant à l'entrepreneur principal n'est jamais inférieur à 15 0/0 (2).

SECTION II

Droits et obligations de l'entrepreneur à l'égard des ouvriers.

48. — Règles générales du louage d'ouvrage et d'industrie. — Marchandage.

49. — Droit des ouvriers. — Art. 1798, art. 1166, art. 2103 du Code civil.

50. – Responsabilité en cas d'accidents, assurances.

48. — Entre les ouvriers et l'entrepreneur il s'est naturellement formé un contrat de louage de services ; leurs obligations réciproques sont donc régies par le code d'une façon expresse et nous n'insisterons pas là-dessus.

Un seul point mérite d'attirer spécialement notre attention, c'est le droit qu'ont les ouvriers de s'op-

(1) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. c.*, n° 2013.

(2) Paris, 27 avril 1894. *Gaz. Pal.* Table. 1er semestre 1894.

poser à tout marchandage du patron, ce droit résulte des décrets de mars 1848 qui ont incontestablement été faits en faveur des ouvriers. Nous avons déjà étudié cette question (1).

49. — Pour sûreté de leurs salaires les ouvriers ont une action contre l'entrepreneur.

En ont-ils une également contre l'entrepreneur principal? Ce point est hors de doute. Quant à la nature de cette action, elle a été l'objet de controverses célèbres. Les uns veulent voir dans l'art. 1798 du Code civil une répétition de l'art. 1166 ; les autres veulent y trouver une action directe que le législateur accorderait aux ouvriers contre le maître. Nous ne nous attarderons pas à discuter cet article pas plus que nous n'avons examiné en détail la portée des autres articles de cette section du Code civil. Remarquons seulement que les ouvriers ont en tous cas, contre le maître, l'action indirecte de l'art. 1166 et un privilège sur l'œuvre qu'ils ont faite, que leur accorde l'art. 2103 4° (2).

(1) *Supra*, n° 47 et l'annexe.

(2) Code civil, art. 2103... 4° Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux, ou autres ouvrages quelconques, pourvu néanmoins que, par un expert nommé d'office par le Tribunal de première instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, il ait été dressé préalablement un procès-verbal, à l'effet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de

50. — La loi du 9 avril 1898, concernant les responsabilités d'accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, s'applique-t-elle à notre cas ? C'est la seule question que nous ayons à nous poser ici. L'étude du mécanisme de cette loi nous importe peu.

Cette question revient à examiner si nos entreprises sont comprises dans l'énumération de l'art. 1er de cette loi.

Si on met à part le cas où l'entreprise se sert de machines ou d'explosifs, ce qui arrive fréquemment, on voit que les entreprises de travaux publics ne sont pas visées expressément à moins qu'on ne les fasse rentrer sous la dénomination vague de chantiers. Il est bien certain cependant que le législateur a entendu les y comprendre. Les industries du bâtiment sont en effet formellement désignées ; nous avons vu (1) que parmi ces industries se trouve la terrasse, *a fortiori* doit-on y comprendre le terrassement qui est la principale de nos entreprises.

Nous concluons donc que, bien qu'ils ne soient

faire, et que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office ; — mais le montant du privilège ne peut excéder les valeurs constatées par le second procès-verbal, et il se réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits... 5°, etc...

(1) *Supra*, n° 7.

pas formellement visés, les entrepreneurs de travaux publics doivent se soumettre aux prescriptions de la loi du 9 avril 1898 et en supporter les conséquences. Ils devront donc autant que possible, quand ils travaillent à l'étranger, employer des ouvriers étrangers ; ce sera un des résultats les plus certains de cette loi, dont les effets se borneront, en France, à rendre le travail beaucoup plus difficile à trouver aux gens mariés et surtout aux pères de famille.

SECTION III

Droits et obligations de l'entreprneur à l'égard des tiers.

51. — L'entrepreneur est responsable vis-à-vis des tiers du fait de ses préposés, non du fait de ses sous-traitants.

51. — A l'égard des tiers l'article 1384 du Code civil devra être la mesure de la responsabilité de l'entrepreneur.

En général, l'entrepreneur ne répond pas des engagements du sous-traitant (1) car ce dernier est son cessionnaire, non son préposé.

Cependant si l'entrepreneur s'est réservé un droit de surveillance sur le sous-traitant, il est

(1) Limoges, 24 février 1888. *Rev. du cont*, 88, 282. Trib. com. Havre, 27 juin 1888. *Revue* Havre, 88, 161.

responsable des délits de ce dernier, conformément à l'article 1384 C. c.

De même si l'entrepreneur s'est réservé la surveillance de certains actes seulement du sous-traitant, il est responsable des délits commis dans l'exercice de ces actes.

CHAPITRE III

DROITS ET OBLIGATIONS DU MAITRE PENDANT L'EXÉCUTION DES TRAVAUX

52. — Généralités.

52 — De même que l'entrepreneur, le maitre doit remplir exactement les obligations résultant de ses engagements.

Il faut seulement remarquer que ce dernier ne jouant pour ainsi dire aucun rôle actif, il ne sera guère tenu que par la seule convention d'entreprise ; il ne pourra y avoir à son égard de contrats annexes ou de quasi-contrats, que dans des circonstances restreintes et très particulières.

SECTION PREMIÈRE

Droits et obligations du maître à l'égard de l'entrepreneur.

53. — Préparation de l'entreprise. — Paiement des acomptes. — Réceptions partielles.

54. — Force majeure. — Question de l'indemnité. — Principes généraux. — Art. 1790 Code civil. — Règle *res perit domino*. — Art. 1808

Code civil. — Dérogation expresse. — Caractère du travail de l'entrepreneur. — Analogie avec les travaux administratifs.

53 — Le maître doit, suivant l'expression de Pothier, faire tout ce qui dépend de lui pour mettre le locateur en pouvoir de faire l'ouvrage (1).

Il doit donc :

Transporter aux lieux où s'exécute l'entreprise le matériel et le personnel de l'entrepreneur et lui fournir les matériaux et les ouvriers qu'il s'était engagé à lui procurer (2).

Obtenir les autorisations administratives nécessaires (3) même quand ces autorisations devraient émaner de l'administration d'un pays étranger aux parties.

Ces obligations, comme toutes celles nées d'un contrat synallagmatique, sont sanctionnées par des dommages-intérêts et, au besoin, par la résolution de la convention (4).

Quand la convention prescrit au maître des payements d'acomptes, il devra les effectuer aux époques indiquées sous peine de dommages-intérêts ; il aura le droit de faire toutes ses réserves, quant à l'exécution des travaux déjà faits, mais n'aura pas celui de retenir arbitrairement en

(1) Guillouard, II, nº 820.
(2) Guillouard, II, nº 820.
(3) Guillouard, II, nº 820.
(4) Guillouard, II, nº 820.

garantie desdits travaux les acomptes qui n'ont par eux-mêmes aucun rapport avec ces travaux ; quand bien même la convention les proportionnerait à l'ouvrage déjà effectué, ces acomptes garderont toujours leur caractère. La présomption de l'art. 1791 du Code civil (1) est empreinte d'un droit essentiellement étroit et ne peut nous être appliquée.

Une voie de chemin de fer exécutée par fraction de distance, ne saurait être évidemment considérée comme un ouvrage à la mesure, encore que les acomptes soient proportionnés à la longueur de voie exécutée.

Il en serait autrement si l'entrepreneur devait accepter les travaux de l'entreprise par fractions. Si ce cas était prévu, le maître pourrait retarder le paiement d'un ouvrage qu'il jugerait imparfait et l'entrepreneur ne serait pas par ce seul refus en droit d'obtenir des dommages-intérêts si, par exemple, il était justifié.

L'entrepreneur devrait au contraire continuer son travail en faisant des réserves au sujet du non-paiement à moins que la nature même de l'ouvrage à exécuter s'y oppose.

(1) Code civil, art. 1791. — « S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure, la vérification peut s'en faire par parties ; elle est censée faite pour toutes les parties payées, si le maître paie l'ouvrier en proportion de l'ouvrage fait.. »

54. — Si un événement imprévu vient détruire le travail déjà fait, le maître doit-il une indemnité à l'entrepreneur ?

Nous sommes ici en désaccord avec la plupart des auteurs (1) ; ces derniers en effet appliquant les articles de la section des devis et marchés, suivent la règle posée par l'art. 1790 du Code civil.

Nous ne saurions partager cette opinion.

L'article 1790 est en effet le seul argument sérieux sur lequel elle se base. Dans les travaux préparatoires on ne considère, il est vrai, cet article que comme une application directe et une répétition de la règle *res perit domino* : le maître est propriétaire de sa chose, l'entrepreneur de son travail. « Ils sont demeurés, disait Mourricault, dans son rapport au Tribunat, propriétaires à part, l'un du travail, l'autre de la chose (2). » Il en résulterait que dans nos entreprises la perte serait toujours supportée par l'entrepreneur, car la matière fournie n'est que peu de chose, et nous avons vu pourtant, que même si l'entrepreneur fournit la matière, notre contrat reste quand même un louage (3).

Nous pensons, au contraire, que le travail de l'entrepreneur doit toujours être rémunéré, car il

(1) Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, *opus. cit.* nº 1862.
(2) Fenet, XIV, p. 340.
(3) *Supra*, nº 9.

s'incorpore au terrain ; il devient la propriété du maître au fur et à mesure de son exécution.

Certains auteurs ont bien prétendu que les matériaux et aussi le travail ne s'incorporent à la chose du maitre que conditionnellement, sous la réserve que le maître l'acceptera (1).

Nous pensons au contraire que cette opinion n'est pas fondée, si on néglige l'art. 1790 du Code civil. Elle ne peut se soutenir si on s'en tient aux principes généraux. Il est bien évident, en effet, que conformément au droit commun et en dehors de tout contrat particulier, le terrain du maître éprouve une plus-value forcée par le fait seul de ce travail et indépendamment de toute réception ultérieure. La théorie des impenses donne cette solution et l'entrepreneur doit être assimilé au moins à un possesseur de bonne foi puisque son contrat lui-même, indépendamment de toute autre conséquence, lui impose l'obligation de travailler sur le sol du maître.

Si donc pour un motif quelconque prévu ou non, le contrat se trouvait rompu au moment de l'événement de force majeure, toutes choses restant d'ailleurs en l'état, le maître devrait une indemnité indépendamment de toute idée de réception des travaux et même de toute idée de contrat.

(1) Guillouard, *op.* cité.

Cette considération tend donc à prouver et montre bien effectivement que le travail de l'entrepreneur s'incorpore à la chose du maître indépendamment aussi de toute réception.

L'entrepreneur cesse d'être propriétaire de son travail au fur et à mesure de son accomplissement. Jusqu'à la réception il doit donc être considéré comme un créancier à terme et non comme un propriétaire.

Il suit de là que le véritable propriétaire des travaux étant le maître, ce dernier, par suite de la règle *res perit domino* doit une indemnité à l'entrepreneur (1).

D'ailleurs il est à remarquer que pour avoir droit à cette indemnité, l'entrepreneur doit être absolument sans faute ; il doit prouver que pareille éventualité se serait produite si les travaux avaient été exécutés par tout autre que par lui.

S'il s'agit d'un cas de force majeure dans le sens où nous l'avons défini (2), la preuve sera facilement faite.

Si au contraire il s'agit d'un cas fortuit imprévu on admet que l'entrepreneur doit démontrer ce cas fortuit, sauf ensuite au maître, par analogie avec l'article 1808 du Code civil (3), à démontrer

(1) La jurisprudence nous est absolument contraire, même celle du Conseil d'Etat. Voir D. A., *Travaux publics*.

(2) *Supra*, n° 40.

(3) Code civil, art. 1808. « En cas de contestation, le preneur est

que le cas fortuit a été précédé ou occasionné par une faute de l'entrepreneur, auquel cas celui-ci doit être déclaré responsable de la perte (1).

Les juges du fait ont d'ailleurs un pouvoir souverain d'appréciation.

Il est à remarquer que l'allocation d'une indemnité à l'entrepreneur en cas de destruction par force majeure est si équitable, que les cahiers des charges de l'administration la lui accordent expressément. Ils lui imposent seulement un délai de dix jours pour les déclarer, mais c'est une formalité qui ne nuit en rien au principe. Pareille clause se retrouvera d'ailleurs expressément dans la plupart des conventions entre particuliers ; mais, d'après notre théorie, on voit qu'elle n'est pas nécessaire, néanmoins en présence de la jurisprudence actuelle, les entrepreneurs prévoyants feront bien de la faire insérer. Même d'après la jurisprudence administrative, elle ne peut être sous-

tenu de prouver le cas fortuit, et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur. »

(1) Cassation, 14 juin 1827. Sir chr. Cassation requête, 19 mai 1886, 586, 1, 264. D. 86, 1, 409. Lyon, 14 mai 1849. S. 50, 2, 523. D. 52, 275. Grenoble, 18 juin 1869. S. 70, 2, 67. D. 70, 2, 149. Lyon, 23 déc. 1892. D. 93, 2, 229. Trib. com. Nantes, 29 mars 1890. Rec. de Nantes, 90, 1, 147. Boileux, VI, p. 179. Troplong, II, n° 987. Duvergier, II, n° 341. Laurent, XXVI, n°s 9 et 19. Colmet de Santerre, VI, n° 243 bis. Guillouard, II, n° 787. Sauzet, *Rev. crit.*, XII, 1883, p. 161, n° 31. Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, *op. cit.*, n° 1864.

entendue (1), et dans les travaux communaux non considérés comme travaux publics, on ne l'applique pas dans le silence de la convention.

SECTION II

Droits et obligations du maître à l'égard des ouvriers et des tiers.

55. — Responsabilité résultant de l'art. 1386 du Code civil et de la loi du 21 juin 1898.

55. — Vis-à-vis des ouvriers et des tiers, le maître n'est pas d'ordinaire responsable des actes de l'entrepreneur ; car ce dernier n'est pas son préposé.

Le maître est-il responsable par suite d'accidents dus aux mauvais état des constructions se trouvant sur les chantiers.

Ce sera là une question d'espèce. L'article 1386 du Code civil (2) n'est pas conçu en termes absolus. Il est bien certain que si l'entrepreneur avait été chargé de réparer l'édifice menaçant ruine, c'eût été à lui de prendre les précautions nécessaires et, même vis-à-vis des ouvriers ou tiers, le maître ne sera jamais responsable dans ce cas

(1) Voir D. A., *Travaux publics*.

(2) Code civil, art. 1386. « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. »

car il n'est pas négligent en prescrivant de réparer son édifice et que c'est cette seule négligence que le législateur se souvenant de l'action *damni infecti causa* du droit romain, a voulu punir, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires (1).

La responsabilité provenant de la loi du 21 juin 1898 nous semble plus absolue, mais elle reste en dehors de nos entreprises, car elle tend précisément à l'exécution des travaux utiles.

En dehors de ce cas, si la négligence du maître est bien prouvée, il devra être responsable, conformément à l'art. 1384 du Code civil.

(1) Rapport fait au Tribunat par le tribun Bertrand de Greuille, au nom de la Section de législation sur les engagements qui se forment sans conventions :

« C'est encore par suite de cette incontestable vérité que le dernier article du projet décide que le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage qu'il a causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par le défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. Cette décision est bien moins rigoureuse et plus équitable que la disposition qui se trouve dans la loi romaine. Celle-ci autorisait l'individu dont le bâtiment pouvait être endommagé par la chute d'un autre qui était en péril de ruine, à se mettre en possession de cet héritage voisin, si le propriétaire ne lui donnait des sûretés pour le dommage qu'on était fondé à craindre. Ainsi, la seule appréhension du mal donnait ouverture à l'action, et pouvait opérer la dépossession : le projet, au contraire, veut avant tout, qne le mal soit constant. C'est donc le fait seul de l'écroulement qui peut légitimer la plainte et la demande du lésé, et déterminer une condamnation à son profit. C'est après cet écroulement qu'il est permis d'examiner le dommage, de fixer son importance ; et c'est alors enfin que le juge en prononce la réparation, s'il est établi que la négligence du maître à entretenir son bâtiment, ou l'ignorance des ouvriers qu'il a employés à sa construction, en ont déterminé la chute. »

Le maître n'est pas responsable de l'accident causé à l'entrepreneur en dehors de ce cas, même quand il s'agit d'un simple ouvrier travaillant à l'entreprise (1).

Il n'est pas non plus responsable des accidents arrivés aux ouvriers de l'entrepreneur (2).

Cependant si l'entrepreneur peut être considéré comme étant le préposé du maître vis-à-vis de l'ouvrier, ce dernier aura un recours contre le maître en cas d'accident.

Tel sera par exemple le cas d'un ouvrier embauché par un tâcheron, travaillant pour le compte de l'Etat ou d'une commune.

Dans ce cas, la commune et l'Etat sont solidairement responsables avec l'entrepreneur des accidents causés à l'ouvrier (3), car l'ouvrier est à la fois sous leurs ordres et sous ceux de l'entrepreneur qui dirige seulement les ouvriers et ne fixe pas le travail.

Donc quand la convention entre le maître et l'entrepreneur ne sera pas très nette, les tribunaux devront apprécier souverainement leur rôle respectif ; voir si le maître n'est pas jusqu'à un cer-

(1) Trib. civil, Gien, 16 juillet 1895. *Gaz. Pal.*, 95, 2, 578.

(2) Riom, 2 juillet 1895. *Rec.* Riom, 95, 444.

(3) Cons. d'Etat, 24 juin 1892. S. 94, 3, 49. Cons. d'Etat, 11 mai 1894. S. 96, 3, 1.

tain point le véritable directeur de l'entreprise, comme l'Etat ou les communes, et, s'ils le reconnaissent comme tel, ils devront le considérer comme responsable des accidents survenus aux ouvriers.

TITRE IV

Fin du contrat.

CHAPITRE PREMIER

CAUSES METTANT FIN A NOTRE CONTRAT

56. — Examen général des différentes causes.

56. — La cause normale de la fin de notre contrat est l'exécution de l'entreprise qu'il visait, c'est le cas général que nous verrons plus loin.

En dehors de ce cas naturel il en est d'autres accidentels que nous examinerons dans ce chapitre.

Ce sont :

La résiliation par la volonté des parties.

La force majeure qui rend le contrat inexécutable.

Ces deux événements sont pour nous les deux seuls cas accidentels de rupture du contrat ; on

voit que nous rejetons complètement le cas de mort des parties et de révocation par la volonté du maître. Ces deux causes de rupture du contrat prévues par le législateur du Code dans la section des devis et marchés sont, en effet, toutes spéciales ; elles sont imposées par des raison que le législateur a cru impérieuses et qui en définitive ne le sont pas dans tous les cas.

Il est hors de doute, en effet, que la personnalité physique de l'entrepreneur n'a aucune importance dans nos entreprises. Ce sera le plus souvent une société commerciale qui remplira ce rôle ; par conséquent, au cas où l'un des associés viendrait à mourir, rien ne serait changé : De même si la société change de nom ou de raison sociale par suite d'une modification de ses statuts.

Quant à la résiliation par la seule volonté du maître, c'est une cause déjà fort difficile à admettre dans le cas particulier où le législateur l'a édictée. Donc nous ne nous y attarderons pas.

Nous bornant au seul droit commun, nous ne retiendrons que les causes énumérées par l'art. 1234 du Code civil comme pouvant éteindre toute obligation et parmi celles-là nous n'examinerons que celles qui nous sont directement applicables.

SECTION PREMIÈRE

Résiliation volontaire.

57. — La seule cause de résiliation volontaire est le consentement mutuel des parties.

57. — La résiliation volontaire du contrat n'est valable que si les deux parties y sont consentantes.

Ce cas peut se présenter souvent, non d'une façon directe mais indirectement, à cause d'un changement dans la direction de l'entreprise ou dans les vues du maître ; il devra naturellement faire l'objet d'une convention entre les parties intéressées.

Cela arrivera notamment au cas où l'entrepreneur trouve un cessionnaire général et où la cession est agréée sans réserve par le maître.

De plus si une des parties est incapable de droit, la résiliation doit être acceptée par les mêmes parties qui ont conclu la convention d'entreprise ; s'il s'agit, par exemple, d'une personne morale dont les actes doivent être autorisés par les pouvoirs compétents ; la convention de résiliation acceptée par un imcapable serait donc nulle, conformément au droit commun.

S'il est, par exemple, stipulé dans le contrat

que les conventions essentielles passées entre l'entrepreneur général et une société d'exploitation doivent être ratifiées par l'assemblée des actionnaires, le conseil d'administration de la dite Société ne pourra traiter seul de la résolution de l'entreprise.

De même les conventions qui rentrent dans la compétence du conseil d'administation ne peuvent être résiliées par la volonté du directeur.

De même dans le domaine du droit administratif, l'entrepreneur est forcé de continuer les travaux qu'il a commencés pour une commune, quoique la résiliation en ait été consentie par lui et par la commune, si cette dernière n'était pas autorisée à résilier, à plus forte raison l'entrepreneur a-t-il le droit de continuer les travaux et d'en réclamer le montant (1).

Ce n'est là somme toute que l'application du droit commun et il n'y a pas lieu d'insister sur ce point.

SECTION II

Cas fortuit empêchant l'exécution de l'entreprise.

58. — Généralités.

58. — Nous avons examiné précédemment l'effet d'une circonstance de force majeure, quant aux

(1) Conseil d'Etat, 13 mai 1892. D. 93, 3, 97.

délais d'achèvement (1) et quant aux dommages qu'ils occasionnent (2). Nous allons examiner maintenant les cas fortuits empêchant l'exécution ; c'est là un cas de résolution du contrat, conformément au droit commun (3).

Ces cas fortuits peuvent être de deux sortes et entraîner tous deux la résolution du contrat, car cette conséquence tient plutôt à la nature du fait lui-même qui rend impossible l'exécution de l'entreprise, qu'aux causes mêmes qui le produisent.

Les cas fortuits pourront donc être par leur nature d'un ordre essentiellement juridique ou même moral, tel seront, par exemple, les différents cas qu'on désigne d'ordinaire sous la rubrique « les faits du prince ». Ce sera là le plus souvent une cause toute relative et qui n'empêchera nullement le travail de pouvoir être exécuté.

Ou ils pourront être d'un ordre tout matériel ; la construction d'une digue dans un port qui postérieurement a été détruit par une force brutale, tremblement de terre, tempête, etc. Tel sera aussi le cas où l'entrepreneur se sera engagé à réparer ou à consolider un ouvrage imparfait si postérieurement l'ouvrage en question subit de nouveaux dommages qui le détruisent complètement, déna-

(1) *Supra*, nos 39 et s.
(2) *Supra*, no 54.
(3) Code civil, art. 1304.

rant entièrement ainsi les réparations à effectuer, en les augmentant considérablement.

Il convient d'examiner successivement ces deux cas.

§ I. — *Cas fortuit moral. — Fait du prince*

59. — Généralités.

60. — Cas fortuit empêchant l'entreprise d'être possible en droit. — Défaut d'autorisation. — Défaut ou retrait de concession.

61. — Cas fortuit empêchant l'entreprise d'être possible en fait. — Expulsion d'étrangers. — Interdiction par mesure de salubrité. — Elévation des tarifs douaniers, etc.

59. — Les cas fortuits de cet ordre seront tous la conséquence du « fait du prince », c'est-à-dire que le souverain du territoire sur lequel les travaux doivent être exécutés y apportera une entrave.

Cette entrave pourra être par sa nature un empêchement au principe même de l'entreprise qu'elle interdira en la frappant d'une manière absolue *in natura*; ou au contraire elle pourra ne la rendre impossible que par les difficultés insurmontables qu'elle suscitera dans son exécution, sans frapper en rien la nature, le principe même de l'entreprise. Dans ce second cas, nous nous rapprocherons beaucoup des cas fortuits d'un ordre absolument matériel, c'est-à-dire qu'en général l'entreprise sera rendue beaucoup plus difficile, changera même

complètement de nature, mais ne sera pas inexécutable.

60. — Parmi les cas fortuits empêchant l'entreprise d'être possible *ab initio*, nous devons ranger le défaut d'autorisation des autorités compétentes.

Mais conformément au droit commun, le cas fortuit n'empêche pas la résolution du contrat s'il est provoqué par la faute de la partie qui l'invoque.

Ainsi l'entrepreneur ne peut refuser de faire les travaux promis sous prétexte que l'autorisation administrative lui a été refusée, si le refus de l'administration provient de ce que l'entrepreneur demandait d'une manière indivisible l'autorisation et une subvention (1).

Si les travaux sont subordonnés à l'obtention d'une concession, nous pensons qu'il en doit être de même.

En matière de mines notamment, où les concessions sont empreintes d'un caractère absolu d'ordre public, aux termes d'une jurisprudence constante, nous pensons que la condition de l'obtention d'une concession doit toujours être sous-entendue quand il s'agit de travaux à exécuter pour une Société minière en formation qui n'a pas encore obtenu sa concession.

(1) Cas. civ., 3 juillet. D. 93, 1, 594.

Il n'en saurait être de même quand la concession est retirée, ce retrait étant toujours provoqué par la faute ou la négligence de l'exploitant ; dans ce cas, l'entrepreneur qui aurait traité avec lui aurait certainement droit à une indemnité, conformément au droit commun, car le cas fortuit aurait été précédé et même occasionné par la faute du maître.

61. — Dans ce cas, l'entreprise ne sera pas rendue impossible d'une façon absolue, les difficultés d'exécution seront seulement augmentées : le plus souvent l'entrepreneur n'aura droit qu'à une indemnité.

Cependant nous pensons que dans des cas exceptionnels les difficultés pourront être d'une telle force que le caractère primitif de l'entreprise sera complètement changé et que par suite le contrat sera inexécutable, tel, du moins, qu'il était primitivement conçu.

Dans ce cas doivent rentrer :

L'expulsion d'étrangers par un gouvernement si l'entrepreneur lui-même est étranger, ou même si la plus grande partie des ouvriers le sont, et qu'il lui soit impossible de s'en procurer d'autres ;

L'interdiction de laisser pénétrer certains produits indispensables à l'entrepreneur sur le territoire d'un Etat.

Et même l'élévation dans des proportions qu'il

appartiendra aux tribunaux d'apprécier des tarifs douaniers sur des produits nécessaires à l'entrepreneur.

§ II. — *Cas fortuits matériels.*

62. — Impossibilité d'accomplir le travail prévu dans les conditions de la convention.

62. — Il s'agit ici d'un désastre matériel venant bouleverser complètement l'état primitif des emplacements où doit s'exécuter l'entreprise, et rendre tout travail postérieur impossible ou inutile.

Tels seraient les cas : d'un tremblement de terre, d'un cyclone, d'un bombardement ayant fait des ravages considérables, etc.

Il se peut aussi que l'événement fortuit n'ait pas détruit complètement ce qui existait, mais néanmoins ait nécessité une modification radicale des études et plans prévus.

Par exemple un entrepreneur s'est chargé de consolider une digue en mauvais état et une tempête survient qui la détruit, de sorte qu'elle ne peut plus être consolidée, mais doit être rebâtie.

Une inondation, ou un éboulement, nécessitent

une modification profonde dans l'exécution d'une voie de chemin de fer, etc.

Dans tous ces cas d'ailleurs il appartiendra souverainement aux tribunaux de se prononcer sur la nature du cas fortuit et sur les conséquences qu'il entraîne.

CHAPITRE II

ACHÈVEMENT DE L'ENTREPRISE

63. — Détermination exacte du moment où l'entreprise prend fin.

63. — Deux faits distincts peuvent servir à déterminer le moment précis où l'entreprise est achevée.

L'un est un fait purement matériel qui n'a guère d'influence juridique, c'est l'achèvement de l'ouvrage lui-même dont le résultat consiste simplement dans cette vérité évidente : l'entrepreneur a fini son travail, quand il n'a plus rien à y faire. C'est la fin matérielle de l'entreprise.

L'autre est un fait d'un ordre absolument distinct ; c'est le dernier événement qui met fin à la dernière phase du contrat ; c'est la réception de l'ouvrage par le maître, c'est la fin contractuelle de l'entreprise.

Ces deux faits produisent des effets différents et il convient de les examiner séparément.

SECTION PREMIÈRE

Achèvement effectif du travail.

64. — Effet de cet achèvement par rapport au contrat. — Interversion des rôles respectifs du maître et de l'entrepreneur.
65. — Effet de cet achèvement par rapport aux tiers.

64. — Quand l'entrepreneur a fini son travail, il devrait être, par ce seul fait, dégagé des liens du contrat ; pratiquement il n'en est rien, car les phénomènes contractuels, conséquents aux faits matériels, ne peuvent *ipso facto* s'accomplir, n'étant en eux-mêmes qu'une modification apportée dans les droits respectifs des parties.

Or ces droits ne peuvent être modifiés que par la commune intention des parties ou par l'intervention d'une autorité supérieure qui leur impose sa volonté.

Il en résulte que l'achèvement effectif des travaux n'aura guère d'importance. Cependant, en vertu des stipulations des parties, il peut faire naître au profit de l'entrepreneur un droit aux primes pour la rapidité avec laquelle il a accompli son travail. Ce droit sera conditionnel jusqu'à la réception qui devra reconnaître la bonne exécution des travaux, mais la condition une fois accomplie, l'entrepreneur aura droit aux primes échues.

Si rien n'a été stipulé quant aux délais de réception, l'achèvement matériel marquera, conformément au droit commun, la fin de l'obligation de l'entrepreneur, en ce sens qu'il aura accompli sa prestation et pourra mettre son co-contractant en demeure de recevoir immédiatement, c'est-à-dire de le dégager immédiatement des liens du contrat.

65. — De plus, du fait de l'achèvement lui-même, l'entrepreneur pourra se trouver dégagé d'obligations quasi-contractuelles. Pour les obligations quasi-délictuelles provenant des fautes des ouvriers de l'entreprise : il semble qu'il en soit de même dans le cas général. En effet, cette question revient à examiner à partir de quelle époque les ouvriers ne sont plus au service de l'entrepreneur. S'ils ont été engagés pour un nombre de jours déterminés, il ne peut y avoir doute. Mais s'ils ont été engagés jusqu'à l'achèvement des travaux, nous pensons que c'est du jour de cet achèvement lui-même que leur contrat cesse indépendamment de toute réception. Cette réception ne produit de conséquences, en effet, qu'entre le maître et l'entrepreneur ; pour tous les tiers, indépendemment de conventions, le fait s'impose ; tant qu'il n'aura pas été dit que le terme contractuel sera différent du terme matériel, ces deux événements sont confondus.

SECTION II

Vérification des travaux par le maître.

66. — Effet contractuel de la vérification. — Fin du contrat.

66. — C'est là une opération extrêmement importante dans laquelle le maître doit apporter le plus grand soin ; en effet, si, d'après l'opinion générale, l'entrepreneur reste responsable conformèrent aux art. 1792 et 2270 du code civil, il n'en est pas moins vrai que tous les auteurs reconnaissent que l'entrepreneur est beaucoup plus à couvert que pendant l'exécution des travaux. Les auteurs qui exagèrent le plus sa responsabilité ne mettent plus les accidents causés par la force majeure à sa charge après la réception.

D'ailleurs, tous les auteurs ne partagent pas la même opinion sur l'effet de la réception.

Pour nous, d'après la conception que nous avons de la nature de notre contrat (2), nous pensons que la réception doit dégager complètement l'entrepreneur, à moins de conventions contraires. Naturellement les cas de dol et même de faute lourde restent en dehors de ces prévisions (2).

(1) Voyez *supra*, n° 9.
(2) Voyez *infra*, n^{os} 67 et s.

Quoi qu'il en soit, on conçoit que l'entrepreneur aura le plus grand intérêt à hâter la réception des travaux ; et il est évident que, conformément au droit commun, il pourra mettre le maître en demeure de vérifier, car c'est là une obligation du maître qui doit l'exécuter aussitôt la prestation de l'entrepreneur effectuée.

Dans les contrats avec l'administration on trouve deux réceptions : l'une provisoire qui fait courir un délai de garantie, pendant lequel l'entrepreneur est responsable des malfaçons qui peuvent se produire, et une réception définitive qui le dégage plus complètement.

C'est là une pratique sage qui est d'ailleurs suivie dans la plupart des grandes entreprises privées. Nous y reviendrons ultérieurement (3).

(1) *Infra*, n° 76.

CHAPITRE III

EFFET DE L'ACHÈVEMENT DE L'ENTREPRISE A L'EGARD DE L'ENTREPRENEUR

67. — Généralités. — Obligations accessoires de l'entrepreneur résultant de l'achèvement de l'entreprise.

68. — Obligation de garantie. — Généralités. — Droit commun. — Garantie délictuelle et garantie contractuelle. — Différentes garanties édictées par le Code à l'égard des entrepreneurs.

67. — L'entrepreneur devra livrer son travail au maître après l'avoir achevé. C'est la dernière obligation mise à sa charge par le contrat. Cette opération se fait par la réception et nous y reviendrons à propos des obligations du maître (1).

Il est évident, en effet, que si le travail est achevé, l'entrepreneur aura tout intérêt à voir terminer le contrat lui-même, car alors il touchera le prix de ses services et sera débarrassé de la garde des ouvrages exécutés. Les difficultés de la réception ne pourront donc provenir que du chef du maître. L'entrepreneur devra livrer en même temps que le travail lui-même les instruments et outils pouvant appartenir au maître. Il en sera

(1) Voyez *infra*, n° 76.

de même des plans que ce dernier aura fait dresser lui-même, ou de ceux que l'entrepreneur a dressés mais qui sont nécessaires pour exécuter les travaux d'entretien et même de grosses réparations incombant au maître. C'est une application de la règle générale que l'accessoire suit le principal.

68. — Mais à partir de l'achèvement des travaux. l'entrepreneur est soumis à une obligation nouvelle, c'est l'obligation de garantie.

D'une façon générale, la garantie est la conséquence naturelle de tout contrat ; elle en sanctionne la bonne exécution.

Cette garantie existe donc dans tout contrat ; car dans tout contrat chaque partie doit remplir sa prestation d'une façon loyale comme aussi une exécution loyale dégage chaque partie de l'obligation contractée.

Le principe de toute garantie est donc dans les articles 1382 et 1383 du Code civil qui établissent la garantie délictuelle dans toutes les conventions.

En dehors de la garantie délictuelle existe-t-il une garantie contractuelle ? De fait, oui ; le code établit formellement l'obligation de garantie dans certains contrats qui l'exigent plus impérieusement que les autres obligations ; mais nous pensons que le fondement de ces deux garanties est le même. La garantie délictuelle existe seule ; et la

garantie contractuelle n'est que le résultat de certaines présomptions que le Code a édictées.

Ces présomptions laissent toujours supposer que si le fait qu'elles visent se produit, il est dû à une faute du contractant à la prestation duquel il était rattaché, et que ce contractant ou ne connaissait pas bien son métier, ce qui est un dol jusqu'à un certain point, ou a été négligent ce qui est tout au moins une faute ; enfin, d'une façon ou d'une autre, n'a pas scrupuleusement rempli ses engagements.

On voit la conséquence de cette théorie, c'est que la garantie contractuelle, comme toute présomption, sera une disposition de droit essentiellement étroit. Par suite, quand la convention qu'on a en vue ne rentrera pas exactement dans le cadre étroit d'un des contrats particuliers édifiés de toutes pièces par le législateur du Code, la garantie édictée par le législateur ne pourra être applicable ; et dans le droit commun on doit s'en tenir aux dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil qui restreignent la garantie aux conséquences d'un dol.

Dans les entreprises que nous étudions ici, étant donné qu'elles n'ont pas été prévues par le législateur et ne peuvent se rattacher à un des types de contrat qu'il a édictés, il en résultera que la seule garantie à considérer sera la garantie dé-

lictuelle. C'est d'ailleurs à ce système que se rattachent, au fond, toutes les théories quoiqu'en étant très différentes en apparence.

Néanmoins étant donnée l'importance de l'obligation de garantir en matière d'entreprise, nous allons étudier successivement les articles du Code où le législateur parle de la garantie des entrepreneurs : les art. 1792 et 2270, pour pouvoir ensuite les discuter et en tirer les conséquences logiques.

SECTION PREMIÈRE

Garantie de l'article 1792 du Code civil.

69. — Caractère et discussion de cet article. — Droit d'exception. — Domaine d'application.

70. — Conséquence de cet article. — Charge de la preuve. — Présomption de fraude. — Inapplication à nos entreprises.

69. — L'art. 1792 C. civ. porte que « Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie, par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans ».

On voit par suite que sa portée est restreinte au cas où l'entrepreneur a fait un forfait et où il s'agit d'un édifice.

Le principe du marché à forfait pouvant être établi par une convention entre les parties, même dans nos entreprises, car ce n'est pas là une sti-

pulation contraire à l'ordre public ; il peut y avoir doute sur la seconde condition exigée par le législateur qui veut qu'il s'agisse d'un constructeur d'édifices. Est-ce là une condition *sine qua non ?*

Ainsi que nous l'avons dit plus haut (1) et qu'il ressort des travaux préparatoires, nous pensons que cet art. 1792 est empreint au plus haut degré du caractère de droit d'exception. L'intention du législateur a été de protéger un maître ignorant contre les fraudes faciles d'un architecte ou d'un entrepreneur de travaux de la compétence d'un architecte ; donc il faut pour que l'art. 1792 reçoive son application, qu'il s'agisse d'un travail à prix fait et que la personne responsable, soit un architecte, un entrepreneur de bâtisse, ou des « maçons, charpentiers, serruriers et autres ouvriers qui font directement des marchés à prix fait » car l'art. 1799 du Code civil les assimile à des entrepreneurs.

Mais dans tous les cas, quand même il s'agirait d'un architecte tenu par un marché à forfait, l'art 1792 ne peut s'appliquer que dans la mesure du forfait lui-même, c'est-à-dire n'a d'effet que pour les parties contractantes.

Il suit de là qu'il n'est pas applicable dans les rapports de l'architecte ou entrepreneur avec les tiers (2).

(1) *Supra*, n° 7.

(2) Trib. civ., Bruxelles, 27 février 1895. Fusier, 95, 3, 144.

Même en restant dans la limite du contrat, les dispositions étroites de cet article conduisent à trouver : qu'il n'est pas applicable à l'architecte qui, gratuitement, dresse un plan sans diriger les travaux (1), ou même qui en outre dirige gratuitement les travaux; il n'est pas en effet un locateur d'ouvrage, puisqu'il ne contracte pas à titre onéreux. Il est cependant responsable, comme toute personne, de son dol ou de sa faute lourde; mais il n'est pas responsable de sa faute légère, un donateur n'étant pas tenu à garantie.

L'architecte municipal, même s'il ne touche qu'un traitement fixe, est responsable dans les termes de l'article 1792 car il était libre de stipuler des honoraires proportionnels (2).

Cependant on admet quelquefois que l'architecte municipal qui touche un traitement fixe n'est responsable que de sa faute lourde (3).

On décide d'autre part que l'architecte municipal n'est responsable des malfaçons de l'entrepreneur que si ce dernier est insolvable (4).

(1) Alger, 25 janv. 1893. *Gaz. Pal.*, 93, 2, 2e p. 10.

(2) Cons. d'Etat, 13 juin 1890. S. 92, 3, 116. *Contra*, Cons. préfecture Alpes-Maritimes, 29 avril 1892. *Gaz. Pal.*, 92, 2. Suppl. 36.

(3) Cons. d'Etat, 20 nov. 1891. S. 93, 3, 109 (pas de responsabilité à raison d'un examen insuffisant du décompte qu'il est chargé de vérifier, et de l'approbation à certaines modifications en cours d'exécution, s'il n'y a pas faute lourde).

(4) Cons. d'Etat, 8 mars 1889. S. 91, 3, 28. Cons. d'Etat, 13 juin 1890. S. 92, 3, 116.

Toutefois il en est autrement s'il a exercé une surveillance insuffisante (1).

L'architecte départemental a également une responsabilité inférieure à celle du droit commun si, dans les conditions où il a été chargé de la direction des travaux, il ne pouvait pas exercer une surveillance continue (2).

La responsabilité de l'architecte s'applique à tous ceux qui en font les fonctions.

Ainsi elle s'applique à l'ingénieur des ponts et chaussée qui se charge de travaux communaux (3).

Mais en dehors de cette hypothèse, l'ingénieur des ponts et chaussées ne peut être assimilé à l'architecte (4); ce n'est pas, comme on l'a dit (5), parce que ses honoraires sont beaucoup plus faibles (il faudrait alors en dire autant d'un archi-

(1) Cons. d'Etat, 13 juin 1891, précité.

(2) Cons. d'Etat, 24 mars 1894. D. 94, 3, 43. (Il n'est pas, en ce cas, responsable du mauvais bois employé contrairement à ses prescriptions; la responsabilité se partage entre l'entrepreneur et le département.)

(3) On applique cette solution au cas où il s'en charge moyennant les honoraires ordinaires des architectes. Cons. d'Etat, 5 juin 1891. S. 93, 3, 61. Mais on décide le contraire s'il s'en charge dans les conditions ordinaires de ses fonctions, avec l'autorisation de ses supérieurs et moyennant les honoraires réduits que lui alloue un décret du 10 mai 1854. Cons. d'Etat, 20 fév. 1880. S. 81, 2, 58. D. 80, 3, 113. Cons. d'Etat, 11 nov. 1881. S. 83, 3, 32.

(4) Guillouard, II, n° 858.

(5) Guillouard, *loc. cit.*

tecte départemental ou communal), mais parce que ses fonctions sont toutes différentes (1).

D'ailleurs la jurisprudence n'est pas certaine, étant donné justement ce manque de distinction existant au point de vue matériel entre les constructions d'édifices et les entreprises de travaux publics. Décidé en ce sens par le conseil d'Etat que l'entrepreneur de travaux publics est responsable dans les mêmes conditions que tout entrepreneur (2).

Ces décisions nous intéressent, non parce que le contrat étant passé avec l'administration constituait une entreprise de travaux publics au sens légal du mot, mais parce que matériellement il y est question d'une entreprise de travaux publics tels que nous les entendons.

Toutefois même dans les travaux publics les auteurs qui admettent cette responsabilité ne l'étendent pas aux vices du sol, car les travaux publics sont dirigés par des hommes spéciaux qui ne se conformeraient pas aux objections de l'entrepreneur. D'ailleurs l'étude du sol est beaucoup plus

(1) Sur la différence radicale entre les fonctions de la compétence d'un architecte et d'un ingénieur des ponts et chaussées voir *supra*, n° 2.

(2) Cons. d'Etat, 7 juillet 1853. D. 54, 3, 55. Cons. d'Etat, 22 juillet 1855. D. 56, 3, 6. Cons. d'Etat, 20 janvier 1867. D. 68, 3, 12. Aucoc, *Conf. de dr.*, II, 667. Guillouard, II, n° 858.

délicate en matière de travaux publics que pour de simples constructions d'habitation.

Et même en matière d'habitation, les auteurs s'accordent à reconnaître que la responsabilité à raison des vices du sol cesse d'être applicable au cas où un examen attentif ne pourrait révéler ce vice. (1) C'est donc admettre implicitement notre solution.

D'autres décisions viennent confirmer notre théorie en admettant que si les connaissances spéciales du propriétaire sont aussi grandes que celles de l'architecte et de l'entrepreneur, le propriétaire qui indique lui-même la marche à suivre pour bâtir peut se voir opposer une fin de non recevoir sur l'art. 1792 résultant du fait qu'il a été son propre architecte (2). Or, dans nos entreprises, le maître est presque toujours très compétent et a une large part dans la direction des travaux (3).

Donc nous avons défini clairement le domaine d'application de l'art. 1792, il ne peut s'appliquer que quand les deux conditions exigées par le législateur se trouvent réunies.

70. — D'ailleurs, les conséquences qu'en tire la jurisprudence exagèrent encore le caractère de cet

(1) Fremy-Ligneville et Perriquet, I, n° 107. Guillouard, II, n° 844.

(2) Cassation, 4 juillet 1838. S. 38, 1, 726. Paris, 12 février 1848. D. 48, 2. 64. Guillouard, II, n° 875.

(3) Voyez *supra*, n° 7.

article puisqu'elle y voit une présomption légale de faute (1) et décide que jusqu'à preuve contraire le dommage causé est réputé être causé par la faute de l'entrepreneur (2).

Cette jurisprudence est tout au moins singulière, car il en résulterait que les conventions particulières ne pourraient écarter l'application de cet article, étant donné qu'un contractant ne peut se dégager de la responsabilité de son dol ou de sa faute lourde et qu'il n'y a aucune raison pour soustraire les architecte ou entrepreneur à cette loi ; aussi la jurisprudence a-t-elle redressé l'étrangeté de cette théorie par une autre raison non moins étrange en décidant que, « bien que la responsabilité de l'architecte soit d'ordre public, il peut être valablement convenu que le propriétaire ne voulant pas faire exécuter les travaux nécessaires pour assurer la parfaite stabilité des constructions, la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur est limitée à la bonne exécution des travaux adoptés (3).

Inutile d'insister sur cet arrêt qui, pour arriver à un résultat équitable d'ailleurs, décide implicitement qu'une clause imposée par l'ordre public

(1) Cassation requête, 16 juillet 1889. S. 92, 1, 350.

(2) Cassation, 24 nov. 1875. D. 77, 1, 30. Trib. civ., Amiens, 23 janvier 1891. *Rec.* d'Amiens, 91, 92.

(3) Paris, nov. 1893. *Gaz. Pal.*, 93, 2, 648.

peut être écartée par la volonté tacitement exprimée par les parties, quand cette volonté elle-même ne devrait avoir aucun effet d'après le langage précis du législateur (1).

Donc l'art. 1792, à supposer que le législateur n'eût pas exprimé clairement son intention dans les travaux préparatoires, par cela seul qu'il édicte une présomption de fraude, est de droit étroit et ne doit pas, par suite, être appliqué à nos entreprises bien que faites à forfait, puisqu'il parle expressément d'édifices.

SECTION II

Garantie de l'article 2270 C. civ.

71. — L'article 2270 est une disposition de faveur. — Droit commun. — Comparaison à l'article 1792. — Qu'elle a été la pensée du législateur ?

72. — Interprétation ordinaire de l'art. 2270. — Il s'applique à tous ouvrages. — Diverses explications proposées.

71. — L'article 2270 a un caractère très indécis.

D'ailleurs on ne peut s'empêcher de reconnaître que le législateur, au titre de la prescription, a imposé une tâche très ardue à ses interprètes par le soin qu'il a mis à cacher sa pensée.

(1) Voyez *supra*, n° 7, les travaux préparatoires rapportés.

Dans les travaux préparatoires nous ne trouvons que ceci sur l'article 2270 :

« Il restait un cas qu'il convenait de ne pas omettre, c'est celui de la prescription en faveur des architectes ou des entrepreneurs à raison de la garantie des gros ouvrages qu'il ont faits ou dirigés. Le droit commun qui exige dix ans pour cette prescription a été maintenu (1). »

Quelles conséquences tirer de ces paroles ?

D'abord c'est que nous nous trouvons en présence d'une disposition qui doit profiter aux entrepreneurs et architectes, ainsi que le montrent les mots « en faveur ». Le droit commun leur aurait donc été plus rigoureux puisque la prescription normale est de 30 ans.

D'un autre côté, l'ensemble de l'exposé des motifs semble indiquer que le législateur a entendu rappeler au titre de la prescription toutes les prescriptions disséminées dans les autres titres. Or, la seule prescription édictée par les architectes et entrepreneurs est la prescription de l'art. 1792.

Il suit de là que l'art. 2270 semble renvoyer à l'art. 1792 ou plutôt qu'il y a identité entre les deux. Cependant nous avons vu précédemment que la jurisprudence et beaucoup d'auteurs considèrent l'article 1792 comme un article défavorable

(1) Exposé des motifs de la loi relative à la prescription par le Conseiller d'Etat. Bigot-Preameneu.

à l'architecte et à l'entrepreneur puisqu'ils y voient une présomption légale de fraude.

Les travaux préparatoires de la Section des devis et marchés semblent bien appuyer cette interprétation et en définitive il y a discordance absolue dans la pensée du législateur entre ces deux dispositions. L'art. 1792 étant une mesure de défiance et l'art 2270 une mesure de faveur.

72. — Nous pensons donc que le mieux est de s'en tenir aux termes mêmes des articles dans l'obscurité où nous jettent les travaux préparatoires. Or, de ces textes il ressort que l'art. 1792 est applicable à une construction d'édifice et à une entreprise à prix fait.

L'article 2270 s'applique de la manière la plus générale à tout entrepreneur et en dehors de tout forfait.

Que ce dernier article s'applique en dehors de tout prix fait, cela est hors de doute. Mais qu'il s'agisse de tout entrepreneur, c'est un point plus douteux. En effet, le législateur dit dans l'exposé des motifs que nous rapportons, qu'il reproduit le droit commun. Or le droit commun, dit-il, est de prescrire par 10 ans dans notre cas, cela semble en contradiction formelle avec le texte de l'article 1382 qui contient le principe de toute garantie. De plus, les entrepreneurs que le législateur a en vue ne peuvent être que ceux qui existaient

à son époque ; et nous avons vu que nos entreprises n'existaient pas encore (1).

Quoi qu'il en soit, le mieux est de s'en tenir à la lettre du Code et de considérer que l'article 2270 vise tout entrepreneur.

Au point de vue pratique, la jurisprudence, plus intransigeante que le législateur lui-même, a exagéré l'idée exposée dans les travaux préparatoires en décidant que l'article 1792 édictait une présomption de fraude. Par suite, la différence entre nos deux articles est que le maître qui peut se prévaloir de l'article 1792 n'a pas de preuves à faire, tandis que s'il n'a pour lui que l'article 2270 qui n'édicte pas de présomption, il doit supporter le fardeau de la preuve.

On a voulu voir aussi d'autres différences entre ces deux articles en s'en servant pour fixer les délais dans lesquels l'action doit être intentée après l'événement donnant lieu à garantie ; mais cette discussion nous semble bien spécieuse ; avant tout on ne doit pas confondre le droit et l'action, or, le législateur du Code civil ne vise jamais les règles de procédure sauf quand il le dit expressément ; nous pensons donc, sans nous attarder sur cette matière, que l'opinion qui semble la plus simple doit être la meilleure ; c'est-à-dire que

(1) Voyez *supra*, n° 7.

l'action se prescrit par 30 ans après le fait qui lui donne naissance.

Aucun des deux articles ne vise un délai de procédure ; tous deux visent le fait matériel et les seules différences portent sur la charge de la preuve.

SECTION III

Garantie du droit commun, articles 1382 et 1383 du Code civil.

73. — Faute de l'entrepreneur entraînant la garantie — Degrés dans cette faute. — Les articles 1382, 1383 et 2270 sanctionnent la faute de l'entrepreneur.

74. — Distinction par les résultats de la faute. — Action en garantie dure 10 ans. — Action en dommages-intérêts dure 30 ans. — Point de départ de ces deux actions.

73. — Examinons maintenant quel est le délai de garantie applicable à nos entreprises (1) et pour cela recherchons quel est le droit commun.

Nous négligerons donc complètement l'art. 1792 et nous n'avons à étudier que les conséquences des art. 1382, 1383 et 2270.

Comme nous l'avons dit plus haut (2), nous n'admettons qu'une seule cause de responsabilité

(1) La jurisprudence du Conseil d'Etat leur applique les articles 1792 et 2270.

(2) *Supra*, n° 68.

en l'absence des clauses contraires : la faute de l'entrepreneur. Naturellement cette faute comporte un grand nombre de degrés ; elle s'étend de la simple négligence au dol et même à l'abus de confiance ; mais dans tous les cas elle doit être prouvée.

Dès lors il peut sembler à première vue que ces trois articles se contrarient. Si tous sanctionnent en définitive un délit, on doit appliquer celui qui édicte la peine la moins forte c'est-à-dire l'article 2270, et par suite les articles 1382 et 1383 qui comportent tacitement la prescription de 30 ans ne sont d'aucune utilité.

74. — Nous pensons qu'il y a lieu de distinguer autrement. Tous ont bien la même cause ; mais les conséquences en sont très différentes. Il suffit d'en comparer les textes.

L'article 1382 est ainsi conçu : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

L'article 1383 est ainsi conçu : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

Et l'article 2270 est ainsi conçu : « Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés. »

L'article 2270 seul parle de garantie ; les deux autres prescrivent seulement des dommages-intérêts. C'est donc par leurs effets que ces articles se différencient.

La garantie est toute différente des dommages-intérêts ; elle a une portée beaucoup plus étendue.

Les architectes ou entrepreneurs tenus à garantie ne doivent pas seulement de simples dommages-intérêts (1), il faut qu'ils effacent complètement le résultat de leur faute ; c'est-à-dire que le travail défectueux peut être recommencé à leurs frais (2).

Donc l'article 2270 porte à la fois une atténuation et une aggravation de peine ; il l'atténue en ce sens qu'il réduit à 10 ans le délai de garantie, mais l'aggrave en ce sens qu'il prescrit la garantie. Or, comme il n'y a aucune contrariété entre les dispositions des trois articles, il en résulte que les articles 1382 et 1383 sont toujours applicables et que le bénéfice de l'article 2270 disparaît pour ne laisser subsister que l'aggravation qu'il comporte.

La conséquence sera donc que, si un événement pouvant engager la responsabilité de l'entrepreneur se produit, et que le maître ait fait la preuve effective que cet événement était dû à la faute de l'entrepreneur, il y aura lieu de se distinguer.

(1) Cassat. civ., 3 déc. 1890. D. 91, 1, 151.
(2) Guillouard, II, n° 859.

Si l'événement se produit dans les 10 ans de la réception, le maître pourra actionner l'entrepreneur en garantie et obtenir de lui la réparation matérielle du travail mal exécuté.

Si au contraire l'événement se produit après les 10 ans et avant 30 ans, le maître n'aura droit qu'à des dommages-intérêts, conformément aux articles 1382 et 1383.

Il faut d'ailleurs remarquer que la prescription de la garantie de l'art. 2270 commence à dater du jour de la réception par le maître tandis que la responsabilité des articles 1382 et 1383 commence à dater de l'achèvement effectif des travaux.

Les principes généraux conduisent à admettre ce résultat.

L'article 2270 ne concerne que les rapports de l'entrepreneur et du maître, il édicte une garantie ; dès lors, il doit se reporter à la fin du contrat, c'est-à-dire à la réception.

Dans les articles 1382 et 1383 au contraire, le maître est assimilé à un tiers quelconque, dès lors le point de départ sera le fait qui s'impose à tous : l'achèvement de l'ouvrage, ou plutôt le jour où la fraude a été commise, et qui pourra en être différent suivant les cas (1).

(1) La détermination du jour où la fraude a été commise appartient aux tribunaux. Le plus simple est d'ailleurs d'admettre qu'elle se prolonge pendant toute la durée des travaux ; il y aurait là une sorte de

Telles sont les règles édictées par le droit commun et qui par suite doivent s'appliquer toujours à nos entreprises, dans lesquelles il n'y aura pas lieu de distinguer s'il s'agit d'un marché à forfait ou non, puisqu'elles sont en dehors du domaine de l'article 1792.

délit continu et la prescription commencerait à courir du jour où le délit prend fin ; c'est-à-dire du jour de l'achèvement des travaux.

CHAPITRE IV

EFFETS DE L'ACHÈVEMENT DE L'ENTREPRISE A L'ÉGARD DU MAITRE

75. — Double obligation à la charge du maître.

75. — L'achèvement de l'entreprise qui marque la fin de l'obligation principale de l'entrepreneur ayant effectué sa prestation, fait naître par suite ou plutôt rend exigibles en principe les obligations du maître. Ce dernier doit remplir sa contre-prestation, et de plus dégager l'entrepreneur de la sienne en acceptant l'ouvrage exécuté.

Le maître devra donc recevoir l'ouvrage et en payer le prix.

SECTION PREMIÈRE

Réception.

76. — Examen de l'ouvrage. — Expertise contradictoire. — Procès-verbal de réception.

76. Le maître est tenu de recevoir les travaux, c'est-à-dire de reconnaître que l'entrepreneur a convenablement exécuté son travail.

Cette réception est donc la fin contractuelle de l'obligation de l'entrepreneur. Ce dernier a le plus grand intérêt, comme nous l'avons montré, à se voir complètement dégagé de son obligation principale, par suite il pourra, quand il en aura le droit, mettre le maître en demeure de recevoir (1).

C'est la contre-partie de l'obligation imposée à l'entrepreneur d'accomplir son entreprise dans le délai prescrit; ou plutôt c'est la conséquence à l'égard du maître de l'achèvement matériel de l'entreprise ; il a l'obligation de terminer le contrat. Or, c'est là une opération contractuelle qui exige le concours de volonté des deux parties, ou à défaut de ce concours l'intervention d'une autorité supérieure, tribunaux judiciaires et administratifs ou même simplement degré supérieur dans la hiérarchie administrative.

Dans la pratique administrative, on stipule un délai entre l'achèvement des travaux et leur réception par l'administration. A défaut de stipulation expresse dans le devis, d'après le cahier des charges de 1892, art. 47, ce délai est de six mois à dater de la réception provisoire pour les travaux d'entretien, les terrassements et les chaussées empierrées et d'un an pour les ouvrages d'art.

Il y a donc de suite après l'achèvement matériel

(1) Voyez *supra*, n° 66.

une réception provisoire qui fait courir un délai de garantie pendant lequel les réparations d'entretien sont à la charge de l'entrepreneur. Puis au bout de ce temps on procédera à la réception définitive qui fera naître les délais de garantie de l'article 2270 C. civ., et, s'il y a lieu, de l'art. 1792. En sorte que dans ce cas le maître n'est en demeure de recevoir qu'après l'expiration du délai de garantie.

Il a d'ailleurs été jugé maintes fois que la simple expiration de ce délai n'entraînait pas la réception définitive. Celle-ci ne peut résulter que d'un acte formel de l'administration (1).

L'expiration du délai de garantie donne seulement à l'entrepreneur le droit de mettre l'administration en demeure de procéder à la réception définitive (2). Dès lors, si l'entrepreneur n'adresse aucune mise en demeure à l'administration, celle-ci peut réclamer de lui la réparation des défectuosités qui seraient reconnues avoir existé dans les ouvrages au moment de l'expiration du délai de garantie (3). La mise en demeure adressée

(1) En ce sens, Christophe et Auger. *Travaux publics*, t. I, n° 1036, p. 488. Cons. d'Etat. 3 fév. 1859, aff. Batisse et Ronat, D. P. 60, 3, 1. 14 nov. 1873, aff. Curière, *Rec.* Cons. d'Etat, p. 874. 20 mars 1873. aff. Escarraguel, *ibid*, p. 313. 14 janvier 1881; aff. commune d'Espaignes,D. P., 81, 3, 60. Voir aussi D. A., *Travaux publics*.

(2) Cons. d'Etat, 14 janvier 1881, aff. Duchemin, D. P. 82, 3, 60.

(3) Cons. d'Etat, 14 janv. 1881, aff. commune d'Espaignes. D. P.

à l'administration a pour résultat de mettre à sa charge toutes les conséquences de son refus ou de sa négligence (1).

La réception de l'ouvrage consistera en différentes formalités dont la dernière sera la prise de possession par le maître.

Souvent ces formalités ne seront pas longues, si par exemple le maître était tenu en vertu de la convention de recevoir l'ouvrage au fur et à mesure de son exécution, la réception définitive arriverait par la force des choses en même temps que l'achèvement de l'ouvrage.

L'occupation par le maître sans autres formalités sera souvent considérée comme emportant la réception.

Il pourra de même être convenu que l'achèvement matériel des travaux ou l'expiration du délai de garantie s'il en a été stipulé en tiendraient lieu.

Enfin cette réception pourra consister en une expertise des travaux faite contradictoirement entre le maître et l'entrepreneur, constatée par un procès-verbal qui mentionnera les observations et réserves des parties.

Mais dans tous les cas la réception devra aboutir

81, 3, 60. Comp. Christophe et Auger, *Travaux publics*, t. I, n° 1039, p. 489.

(4) Cons. d'Etat, 24 avril 1874, aff. Bernusse. *Rec.* Cons. d'Etat, p. 383.

à la prise de possession de l'entreprise par le maître, sinon l'entrepreneur devrait lui adresser une mise en demeure de le faire.

SECTION II

Payement du prix.

77. — Cas où aucun forfait n'a été stipulé. — Acceptation des comptes de l'entrepreneur. — Bénéfice stipulé. — Utilité des travaux. — Dommages résultant de la force majeure.

78. — Entreprise à forfait. — Caractère du forfait. — Manifestation expresse de volonté. — Dommages résultant des événements de force majeure. — Modification au plan. — Discussion de l'article 1793.

77. — Si aucun forfait n'a été stipulé, si le maître a simplement chargé un entrepreneur d'exécuter tel ouvrage sans stipuler de prix par avance, on doit comprendre que le prix se compose du prix réel de l'ouvrage, c'est-à-dire de son prix de revient et d'un bénéfice alloué à l'entrepreneur.

Pour l'évaluation du prix de revient, les parties pourront faire toutes conventions qu'elles jugeront convenables.

Pour les travaux de l'administration, l'art. 38 du cahier des ponts et chaussées de 1892 dit que : « à défaut de stipulations spéciales dans le devis, les comptes sont établis d'après les quantités d'ouvrages réellement effectuées, suivant les dimensions et le poids constatés par des métrés définitifs et des

pesages faits en cours ou en fin d'exécution, sauf les cas prévus par l'art. 23 et les dépenses sont réglées d'après les prix de l'adjudication. L'entrepreneur ne peut dans aucun cas, pour les métrés et pesages, invoquer en sa faveur les us et coutumes. »

D'ailleurs cette vérification offrira beaucoup de difficultés pratiques.

Dans les entreprises de bâtiments on fait procéder à une vérification par un architecte spécial. Mais cette vérification n'offre la plupart du temps qu'une garantie illusoire ; si le vérificateur et l'architecte concertent des fraudes il sera bien difficile au maître de s'en apercevoir.

Le maître peut, bien entendu, critiquer les travaux de l'entrepreneur s'il ne les a pas approuvés auparavant de leur exécution. S'il est démontré que l'entrepreneur a manifestement fait des ouvrages inutiles, dans le seul but d'augmenter son bénéfice, le maître ne sera pas tenu d'en acquitter le prix.

Outre le prix de revient des travaux, le maître devra payer le prix correspondant aux bénéfices de l'entrepreneur. Ce prix sera déterminé à l'amiable par les parties, sinon il appartiendra aux tribunaux de le fixer.

Nous ne pensons pas qu'on doive, en tout cas, allouer à l'entrepreneur un bénéfice de 5 o/o comme pour les honoraires d'un architecte. Cet émolu-

ment a été fixé par un avis du conseil des bâtiments civils du 12 pluviôse an VIII, mais ne peut s'appliquer que pour les constructions de bâtiments, ayant été déterminé par des architectes seulement. Au surplus il a toujours été reconnu que si les constructions exigent des dessins ou modèles et occasionnent des dépenses extraordinaires, ces dessins ou modèles seront évalués séparément (1), ce qui semble nous donner raison.

D'ailleurs, en matière de travaux de l'Etat, l'avis de pluviôse an VIII a été abrogé par deux arrêtés ministériels des 10 mars 1834 et 15 avril 1838 qui fixent des honoraires plus réduits.

En ce qui concerne les dommages causés par la force majeure, nous avons dit précédemment que nous pensions que l'entrepreneur devait en être indemnisé (2).

78. — Le plus souvent, pour éviter les difficultés de vérification, on passera un marché à forfait ; c'est-à-dire que l'entrepreneur s'engagera à faire le travail dans telles conditions moyennant une certaine somme.

Mais nous n'entendons nullement dire que le forfait passé entre le maître et l'entrepreneur en-

(1) Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl, *Du contrat de louage*, t. II, n° 1924.

(2) Voyez *supra*, n° 54.

traîne toutes les conséquences que le législateur du code civil y a attachées.

Nous nous sommes efforcés, au contraire, de démontrer que nos entreprises ne pouvaient pas être soumises à ses règles.

Nous avons déjà montré (1) que l'entrepreneur devait être indemnisé pour les dégâts causés par la force majeure et cette solution doit être vraie encore dans le cas d'un forfait, car cette circonstance ne change rien aux considérations que nous avons invoquées et que dans le silence des conventions : *Nemo prestat casus fortuitos.*

Naturellement si l'entrepreneur avait mis expressément à sa charge tous les cas de force majeure quels qu'ils fussent, une telle convention serait absolument licite et le maître ne devrait jamais payer que le prix stipulé.

Si, par suite de circonstances imprévues, l'entrepreneur est forcé de modifier le plan primitif, a-t-il droit à une indemnité ? Nous le pensons, car le forfait est devenu inexécutable et par suite caduc.

L'article 1793 du code civil porte bien qu'il n'est dû aucune indemnité si les changements n'ont été autorisés par écrit par le maître. Mais c'est là une disposition de droit absolument étroit.

(1 *Supra*, n° 54.

Nous avons déjà vu quel but se proposait le législateur en édictant cet article (1).

Il veut protéger un ignorant contre des fraudes faciles à commettre. Par suite beaucoup d'auteurs pensent avec raison que cet article ne s'applique pas dans les rapports entre l'entrepreneur principal et les sous-entrepreneurs ou ouvriers auxquels il a confié l'exécution de tout ou partie de l'ouvrage (2).

Cet article 1793 a un caractère bien défini, il ne peut s'appliquer que s'il s'agit d'un bâtiment (3), le texte est en effet formel quoique tous les auteurs ne partagent pas cet avis (4) et que la jurisprudence soit incertaine (5).

D'ailleurs cet article s'applique même en matière de travaux publics (6) s'il s'agit d'un bâtiment ; et pour les entreprises plus considérables, le cahier des ponts et chaussées reproduit une disposition semblable (7).

(1) *Supra*, n° 7,

(2) Cass., 3 août 1868 D. 69, 1, 228, Guillouard, II, n° 888.

(3) Laurent, XXVI, N. O. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl (*op. cit.*) t. II, n° 1956.

(4) *Contra*, Aubry et Rau, IV, p. 354, §§ 3 et 4, note 34. Guillouard, II. n° 887.

(5) *Contra*, Cass., 28 janvier 1846. D. 46, 1, 225 (canal).

(6) Conseil d'Etat, 10 janvier 1873. D. 74, 3. 300. Cons. d'Etat, 14 janvier 1881. D. 82, 3, 31, mêmes, 28 mars 1873 (sous cass). D. 74, 1, 330. Guillouard, II, n° 893.

(7) Décret du 16 avril 1851, art. 26.

Cet article ne peut donc pas être applicable à des entreprises autres que des entreprises de bâtiment, ainsi le veut son caractère qui le soumet à l'interprétation restrictive. Il en résulte que nos entreprises doivent suivre la règle du droit commun et que s'il se présente des difficultés imprévues rendant le devis inexécutable, l'entrepreneur ne pourra être tenu par son forfait à moins de manifestation formelle d'une volonté contraire.

Naturellement il y aura une interprétation à faire car les événements survenant au cours des travaux peuvent ne pas avoir un caractère bien tranché, et si l'entrepreneur a fait un devis, il ne peut prétendre s'en dégager en invoquant une circonstance imprévue qui ne le modifie que d'une façon peu sensible. Mais si cet événement donne lieu à des difficultés vraiment considérables et qui changent la nature de l'entreprise, l'entrepreneur aura droit à une augmentation de prix (1) ou plutôt il peut demander la résiliation du marché (2) et cette demande se résoudra le plus souvent en une indemnité que lui accordera le maître pour voir continuer le travail malgré la difficulté qui se présente.

En tout cas, si l'entrepreneur fait des travaux supplémentaires sans prévenir le propriétaire, il

(1) Guillouard, II, n° 883.

(2) Baudry-Lacantinerie et A. Wahl (*op. cit.*). t. II, n° 1947.

est censé avoir renoncé à demander la résiliation du marché comme il en avait le droit (1) mais c'est à tort qu'on a invoqué l'article 1793, le droit commun suffit pour justifier cette solution.

Il est inutile d'insister sur cette discussion de l'art. 1193. Les mêmes motifs que nous avons invoqués pour repousser l'art. 1792 se retrouvent et avec plus de rigueur.

L'art. 1793 est le but principal que se proposait le législateur du code civil ; c'est un article fait en vue de protéger le propriétaire qui fait bâtir et quand bien même il pourrait ne pas conduire à des résultats injustes comme nous le voyons en matière de travaux publics, son caractère étroit défendrait en tous cas de l'appliquer à nos entreprises.

(1) Fremy-Ligneville et Perriquet, I, n° 26. Guillouard, II, n° 193.

TITRE V

TRIBUNAUX COMPETENTS POUR CONNAITRE DES CONTESTATIONS AUXQUELLES PEUVENT DONNER LIEU NOS ENTREPRISES.

79. — Généralités.

79. — La question que nous allons aborder peut soulever de nombreuses difficultés, tant en droit administratif qu'en droit commun.

Cependant, les difficultés de l'ordre administratif touchent plus aux questions de compétence des différents tribunaux de cet ordre, qu'au fond du droit lui-même.

Au contraire, dans le droit commun, la question de la clause compromissoire soulève une question qui se rapporte au fond du droit lui-même.

Nous examinerons, tout d'abord, les contestations qui peuvent survenir durant le cours d'une entreprise administrative, car il importe d'en dire rapidement quelques mots.

CHAPITRE PREMIER

ENTREPRISES ADMINISTRATIVES

80. — Contestations en cours d'exécution et après l'achèvement. — Recours gracieux. — Recours contentieux.

80. — C'est une question qui a été souvent traitée et nous nous bornerons à rappeler les règles principales de la compétence administrative en renvoyant, pour le surplus, aux ouvrages spéciaux.

L'administration, ayant une hiérarchie dans son personnel, organise un recours gracieux avant d'entamer la question au contentieux, le recours gracieux constitue une sorte de tentative de conciliation très sérieuse.

Lorsque, dans le cours de l'entreprise, des difficultés s'élèvent entre l'ingénieur ordinaire et l'entrepreneur, il en réfère à l'ingénieur en chef (1).

La décision prise doit être notifiée à l'entrepreneur, afin de le mettre à même de porter le débat devant l'administration supérieure s'il le juge

(1) Article 50 du cah. des charges du 16 février 1892, analogue à l'art. 50 de l'ancien cahier du 16 novembre 1866.

utile, par application de l'article 51 (1) du cahier des charges.

De plus, dans les cas prévus par l'art. 22, par le deuxième paragraphe de l'art. 23 et par le deuxième paragraphe de l'art. 27, si l'entrepreneur conteste les faits, l'ingénieur ordinaire dresse procès-verbal des circonstances de la contestation et le notifie à l'entrepreneur qui doit présenter ses observations dans un délai de trois jours ce procès-verbal est transmis par l'ingénieur ordinaire à l'ingénieur en chef, pour qu'il y soit donné telle suite que de droit (2).

Le délai accordé à l'entrepreneur n'était que de vingt-quatre heures sous l'empire du cahier de 1866.

La disposition de l'art. 50, de même que celle de l'art. 51 des clauses et conditions générales, ne s'appliquant qu'aux difficultés qui peuvent s'élever dans le cours de l'entreprise entre les ingénieurs et l'entrepreneur, ne fait pas obstacle à ce que l'entrepreneur porte directement devant le Conseil de préfecture une contestation qui peut s'élever entre lui et l'admistration.

Le cahier des travaux militaires, dans l'article 62, contient des dispositions analogues à

(1) Voir circulaire Ministère travaux publics, 19 février 1892, *Annales des ponts et chaussées*, 1892, p. 306.

(2) Art. 50 du cahier des ponts et chaussées.

celles du cahier des ponts et chaussées. Les décisions prises par le chef du service sur les réclamations faites par l'entrepreneur dans les cas prévus aux art. 13, 53 et 54, lui sont notifiées par inscription au registre d'ordres. Il est accordé à l'entrepreneur un délai de vingt jours francs, à dater de cette notification, pour adresser par écrit ses réclamations au directeur. Les décisions prises par le directeur, soit sur ces réclamations, soit sur toutes autres sont immédiatement exécutoires par provision. Si l'entrepreneur n'accepte pas cette décision, il adresse au ministre, par l'intermédiaire du directeur et dans un délai de trente jours francs après la notification qui lui en a été faite, un mémoire où il indique les motifs et le montant de ses réclamations. Le directeur inscrit la date de la production de ce mémoire sur le registre des titres de créance et en donne récépissé à l'entrepreneur. Si le ministre n'admet pas la réclamation, l'entrepreneur peut en saisir le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'Etat, mais il doit le faire dans un délai de trente jours à dater de la notification de la décision du ministre.

Si le ministre n'a pas fait connaître sa réponse dans un délai de trois mois à dater de la remise du mémoire au directeur, l'entrepreneur peut encore saisir le Conseil de préfecture mais seulement après l'expiration du délai sus-mentionné et

dans les trente jours qui suivent. L'entrepreneur est toujours réputé avoir accepté les décisions contre lesquelles il n'a pas produit ses réclamations dans les délais. L'article 63 ajoute que les réclamations pour erreurs matérielles ou omissions qui, seules, peuvent être admises après le délai fixé à l'art. 53, doivent être, sous peine de déchéance, présentées dans les six mois qui suivent la date à laquelle le chef du service a arrêté le décompte de l'exercice ou de l'entreprise.

Cette matière était autrefois réglée par l'art. 59 du devis général des travaux du service du génie du 7 mai 1857, aux termes duquel aucune réclamation de l'entrepreneur, concernant l'exécution des travaux, l'application des prix ou l'observation des clauses et conditions du marché ne pouvait être portée devant le Conseil de préfecture avant d'avoir été soumise au ministre de la guerre.

En cas de contestation avec les ingénieurs, l'entrepreneur doit adresser au préfet, pour être transmis avec l'avis des ingénieurs à l'administration, un mémoire où il indique les motifs et le montant de ses réclamations. Si dans le délai de trois mois, à partir de la remise du mémoire au préfet, l'administration n'a pas fait connaître sa réponse, l'entrepreneur peut, comme dans le cas où ses réclamations ne seraient pas admises, saisir des dites réclamations la juridiction contentieuse. Il

n'est admis à porter devant cette juridiction que les griefs énoncés dans le mémoire remis au préfet. Si, dans le délai de six mois, à dater de la notification de la déclaration ministérielle intervenue sur les réclamations auxquelles aura donné lieu le décompte général et définitif de l'entreprise, l'entrepreneur n'a pas porté ces réclamations devant le tribunal compétent, il sera considéré comme ayant adhéré à la dite décision et toute réclamation se trouvera éteinte (1).

Ce nouveau texte complète l'ancien art. 51 du cahier du 16 novembre 1866, par deux clauses nouvelles. La première dispose que l'entrepreneur ne pourra porter devant la juridiction contentieuse que les griefs énoncés dans le mémoire remis au préfet. Il arrivait souvent, avant 1892, que les entrepreneurs saisissaient les tribunaux de chefs de réclamations dont il n'était pas fait mention dans le mémoire remis au préfet, qu'ils se dispensaient même de la production de ce mémoire, et il y avait là un abus qu'il convenait de faire cesser. Si l'administration exige que l'entrepreneur lui soumette ses réclamations avant de les porter devant la juridiction contentieuse, c'est afin de pouvoir y faire droit, dans le cas où elles seraient reconnues fondées, et de prévenir les procès par des transac-

(1) Art. 51 du cahier du 16 fév. 1892.

tions équitables. Il est, dès lors, essentiel qu'elle soit informée de tous les chefs de réclamation que l'entrepreneur croit avoir à formuler. La seconde clause ajoutée ne vise que les réclamations relatives au décompte général et définif de l'entreprise, et elle oblige l'entrepreneur, sous peine de forclusion, à porter ses réclamations devant les tribunaux compétents dans un délai de six mois à dater de la décision ministérielle intervenue sur les dites réclamations. Elle a pour objet de prémunir l'Etat contre la négligence de certains entrepreneurs et de ne pas le laisser indéfiniment sous le coup de revendications possibles (1).

Conformément aux dispositions de la loi du 28 pluviose, an VIII, toute difficulté entre l'administration et l'entrepreneur concernant le sens ou l'exécution des clauses du marché est portée devant le Conseil de préfecture qui statue, sauf recours au Conseil d'Etat (2).

Cette disposition du cahier des charges n'est qu'un rappel des principes généraux.

Lorsque l'entrepreneur n'accepte pas la décision du ministre et qu'il porte le débat devant le Conseil de préfecture, l'affaire devient contentieuse et

(1) Circul. min. trav. publ., 16 février 1892. D. P., 92, 4, 87, n° 51.

(2) Art. 25 du cahier des ponts et chaussées identique à l'article correspondant du cah. de 1866.

elle doit alors être suivie conformément aux instructions relatives à ces sortes d'affaires qui sont contenues dans les circulaires ministérielles des 27 juillet 1854 ; 30 août 1854 ; 30 novembre 1854 ; 20 juillet 1860 ; 10 décembre 1864 ; 10 mars 1865 ; 7 mars 1873 et 22 août 1889 (1).

On admet d'ordinaire que les communes ne peuvent compromettre, notamment dans les marchés de travaux publics ; et cette incapacité, étant d'ordre public, peut être invoquée en tout état de cause (2).

Toutefois, dans un litige entre une commune et un particulier, le Conseil d'Etat a appliqué une clause de compromis sans faire aucune réserve sur la validité de cette clause (3).

(1) Voir circulaire Minist. des travaux publics 19 février 1892. *Annales des ponts et chaussées*, 1892, p. 303.

(2) Conseil d'Etat, 11 juillet 1884, D. 86, 3, 14.

(3) Cons. d'Etat, 29 juillet 1881, D. 83, 3, 12.

Dans ce cas la nullité des compromis était invoquée par l'adversaire, et le Conseil d'Etat en la repoussant a admis implicitement que l'incapacité de la commune n'était pas d'ordre public, mais une mesure de protection prise dans l'intérêt de la commune.

CHAPITRE II

ENTREPRISES PRIVÉES

SECTION PREMIÈRE

Droit commun.

81. — Tribunal compétent *ratione materiæ* ; les tribunaux de Commerce peuvent-ils connaître de ces contestations ?

82. — Tribunal compétent *ratione loci*. — *Quid* si une société a plusieurs établissements importants.

81. — Dans les entreprises privées, la difficulté qui s'élève au sujet de la compétence judiciaire pour les contestations à naître entre le maître et l'entrepreneur, est le conflit apparent entre la juridiction des tribunaux civils et celle des tribunaux consulaires qui, toutes deux, semblent qualifiées pour connaître de ces difficultés.

On admet, d'ordinaire, que ces contestations sont de la compétence du tribunal civil (1).

(1) Bourges, 17 juillet 1837, S. 38, 2, 120. Dijon, 15 avril 1879, S. 79, 2, 290. Trib. civ., Roanne, 22 novembre 1888. Monjud, Lyon, 19 déc. 1888. Trib. Comm., Nantes, 4 juin 1890. Rec., Nantes, 90, 1, 260. Trib. comm., Anvers, 23 août 1881, S. 82, 4, 16. Bruxelles,

En effet, ce contrat ne rentre pas dans ceux que visent les art. 632 et 633 du Code de commerce qui énumèrent limitativement les actes de commerce (1).

De plus, en aucun cas, les tribunaux de commerce ne connaissent des questions immobilières, et les droits des parties dans nos entreprises, sans donner toujours naissance à des actions immobilières, sont cependant aussi intimement liés au

12 juin 1882, S. 84, 4, 3. Trib. com., Seine, 6 juillet 1892. Gaz. Pal., 92, 2, 219. Guillouard, II, nos 816, et 831. Lyon, Caen, et Renault, Tr. de Proc. comm., I, n° 137 *bis* et p. 151, note 1. *Contra,* Garsonnet, *Rev., crit.*, XXXV, 1869, p. 360, n° 26.

(1) Art. 632, Code com. : « La loi répute actes de commerce tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre ; ou même pour en louer simplement l'usage ; toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ; toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ; toute opération de change, banque et courtage ; toutes les opérations des banques publiques ; toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ; entre toutes personnes, les lettres de change en remises d'argent faites de place en place. »

Art. 633, Code com. : « La loi répute pareillement actes de commerce, toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure ; toutes expéditions maritimes ; tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements ; tout affrètement ou nolisement, emprunt ou prêt à la grosse ; toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer ; tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages ; tous engagements de gens de mer, pour le service de bâtiments de commerce. »

sol lui-même que les droits des parties dans une vente immobilière.

On a cependant soutenu que le tribunal de commerce est compétent si le contrat est fait de la part du maître dans l'intention d'utiliser en vue du commerce l'objet sur lequel porte le travail de l'entrepreneur ; c'est une conséquence de l'accessoire (1).

Nous pensons qu'en l'absence d'un texte précis, c'est à la juridiction de droit commun plutôt qu'à la juridiction d'exception qu'il appartient de connaître du litige. Ce seront donc les tribunaux civils qui seront compétents si d'ailleurs la qualité des parties ne les rend pas justiciables de la juridiction consulaire, indépendamment de la nature de l'acte lui-même.

82. — La compétence *ratione loci* ne soulève pas de difficultés.

Quand il s'agit d'une société, la désignation du tribunal compétent se fait par celle du lieu où est situé le principal établissement de cette société. C'est une question que nous avons déjà étudiée (2).

Si la société a plusieurs établissements impor-

(1) Guillouard, II, n° 815. Lyon, Caen et Renault, *op. cit.*, p. 140. Rouen, 14 janv. 1887. *Rec.* Rouen, 87, 114. Aix, 6 décembre 1888. *Rec.* d'Aix, 89, 1, 48.

(2) Voyez *Supra*, n° 18.

tants, une jurisprudence constante décide qu'elle peut valablement être assignée devant les différents tribunaux des lieux où sont situés ces établissements.

La question s'est posée notamment au sujet des gares principales pour les Compagnies de chemins de fer, et doit recevoir une solution très générale.

On a donné différentes raisons juridiques pour expliquer cette jurisprudence, qui invoquait surtout des considérations pratiques. On a soutenu que la société avait plusieurs principaux établissements et par suite plusieurs domiciles, en se basant sur la loi du 14 juillet 1867, art. 59, qui dispose, au sujet de la publicité des sociétés commerciales, que : « Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, le dépôt prescrit par l'art. 55 et la publication prescrite par l'art 56 ont lieu dans chacun des arrondissements où existent les maisons de commerce. »

Il nous semble que se baser sur ce texte pour soutenir qu'une société commerciale a plusieurs domiciles et essayer d'y voir implicitement une telle solution est bien difficile en présence des termes si clairs de l'art. 102 du Code civil (1).

(1) Art. 102, Code civil : « Le domicile de tout Français quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement. »

La solution de la jurisprudence se justifie cependant en droit d'une façon satisfaisante par la considération du domicile élu.

Sans entrer dans la discussion de l'art. 111 du Code civil (1) remarquons que le mot « acte » n'y signifie nullement *instrumentum*, mais le *negotium juris* lui-même. Par suite, l'élection de domicile peut être verbale et même tacite (2) et la jurisprudence a seulement posé en principe que les sociétés ayant plusieurs établissements importants y ont fait tacitement élection de domicile pour toutes les opérations de leur commerce. A plus forte raison si c'est le directeur d'une succursale lui-même qui a traité.

D'ailleurs, les tribunaux apprécient souverainement s'il y a eu ou non élection tacite de domicile par cela même qu'ils sont juges de leur compétence.

(1) Art. 111, Code civil : « Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile. »

(2) Aubry et Rau, t. I, p. 586, n° 4.

Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, n° 393.

SECTION II

Compromis d'arbitrage.

83. — Généralités. — Tribunal arbitral.

84. — La promesse de compromis est-elle obligatoire ? — Inexistence d'une telle clause.

83. — La clause d'arbitrage est pour ainsi dire de style dans les entreprises autres que les entreprises administratives, tant l'usage en est courant. Cette clause, en effet, présente de nombreux avantages : elle évitera les lenteurs de la procédure ordinaire et une grande partie des frais ; de plus, les arbitres pourront être choisis parmi des hommes de l'art, ou tout au moins le tribunal arbitral pourra compter un ingénieur parmi ses membres ; enfin les débats ne sont plus publics et les adversaires préfèrent souvent ne pas révéler leurs difficultés.

Nous n'avons pas à examiner les conditions juridiques du compromis, car c'est une question très complexe et nous nous bornerons a renvoyer aux auteurs.

84. — Il est cependant un point sur lequel nous voulons insister, c'est sur la clause compromissoire elle-même, insérée dans la convention des parties.

Suivant l'art. 1005 du Code de proc. civ., le com-

promis peut être soit authentique (acte notarié, procès-verbal de conciliation, etc.), soit un acte sous signatures privées fait dans les formes prescrites par l'art. 1315 du Code civil, soit enfin un procès-verbal fait par les arbitres eux-mêmes et relatant la convention qui les a nommés.

Mais en tous cas le compromis doit être constaté par un écrit qui doit, sous peine de nullité, 1° indiquer l'objet du litige ; 2° faire connaître les arbitres soit en les nommant, soit en les désignant par leur qualité, profession ou fonction (art. 1006, C. proc. civ.).

Cette double règle s'applique au compromis proprement dit, fait pour un différend déjà né. Mais gouverne-t-elle aussi la clause compromissoire, c'est-à-dire celle par laquelle les parties prennent l'engagement réciproque de soumettre à l'arbitrage les procès susceptibles de s'élever entre elles dans l'avenir, sur l'exécution de tel contrat, de tel acte, etc. ? Si on admet l'affirmative, cela revient à dire que la clause compromissoire est presque toujours nulle, car en général les contractants ne peuvent pas préciser l'objet des litiges futurs et d'autre part, comme ils ne savent pas en quoi consistent ces litiges, il leur est très difficile de choisir les arbitres ; presque nécessairement la convention ne satisfait pas à la loi. C'est ce que reconnaît une jurisprudence aujourd'hui constante, mais

vivement attaquée, qui décide que la clause compromissoire non conforme à la disposition de l'art. 1006 ne vaut point (1).

Nous nous rallions absolument à cette jurisprudence. La clause compromissoire sera, le plus souvent, radicalement nulle. En effet, il ressort des art. 1003 et s. du C. de procéd. civ. que le compromis ne peut prendre naissance qu'après le différend lui-même (art. 1006) ; par suite, un compromis en vue d'une difficulté éventuelle (telle qu'est en réalité la clause compromissoire elle-même) doit être radicalement nul, car il ne suffit pas d'indiquer même clairement la portée du litige, ce qu'on pourrait faire dans une clause compromissoire, où la nature des difficultés peut facilement se prévoir, mais il faut qu'il y ait des « objets en litige » ; c'est cette condition qui ne peut se réaliser dans la clause compromissoire et la rend radicalement nulle.

Il est clair, en effet, que les arbitres eux-mêmes peuvent être facilement désignés à l'avance ; rien n'empêche même les parties de se nommer elles-mêmes arbitres, quitte à user ensuite de la faculté que leur laisse l'art. 1017, C. de proc. civ., pour faire trancher leur différend par un tiers, qui n'a pas besoin d'être désigné par le compromis.

Nous pensons même que la clause compromissoire est inexistante en droit. En effet, elle revient

à une transaction sur une difficulté qui n'existe pas encore ; par suite, l'obligation de chacune des parties manque totalement d'objet, ce qui est un cas d'inexistence de la convention aux termes de l'art. 1108 du C. civ.

On voit donc combien nous avions raison en disant précédemment (1) que beaucoup d'entrepreneurs et d'hommes de l'art se leurraient étrangement en s'imaginant éviter toutes difficultés dans la rédaction d'une convention par la clause compromissoire, puisque cette clause est radicalement nulle et qu'il suffirait de la mauvaise foi de la partie adverse pour qu'elle ne produisit aucun effet.

(1) *Supra*, n° 33.

ANNEXE

LE MARCHANDAGE

La question du marchandage a été souvent agitée.

La division du travail, qui est une des nécessités de l'industrie, entraîne forcément la formation des sous-contrats de main-d'œuvre. Un entrepreneur chargé d'un travail d'ensemble le fractionne et passe un marché avec un sous-traitant auquel il remet la matière. Celui-ci, moyennant un prix déterminé, fait exécuter par des ouvriers qu'il choisit, qu'il dirige et qu'il rémunère, l'ouvrage qui lui est confié.

Il semble que tout le monde gagne à cette combinaison.

L'entrepreneur n'a pas à exercer une surveillance qu'il lui est, en fait, impossible d'étendre sur un grand nombre d'ouvriers, tous irresponsables ; il lui suffit de contrôler les sous-traitants.

L'ouvrier— une enquête le démontrerait aisément, reçoit du sous-traitant un salaire presque toujours

plus élevé que celui qu'il obtiendrait de l'entrepreneur principal.

Bien loin d'entraver l'émancipation des travailleurs, cette combinaison qu'on a bien à tort qualifiée du nom odieux de marchandage, permet à l'ouvrier de sortir de sa condition. Les plus riches industriels ne sont que d'anciens artisans, travaillant avec les matières qui leur sont fournies, jusqu'au jour où, à force de labeur et d'économie, ils sont eux-mêmes devenus entrepreneurs. Ceux qui veulent la suppression des sous-traitants rendent un mauvais service à l'ouvrier.

Il n'est pourtant pas de réunions socialistes, d'élections au conseil des prud'hommes dans lesquelles on ne représente le marchandage comme un instrument d'exploitation. Un orateur, dans un discours prononcé récemment à la Chambre, disait : « Nous considérons qu'il est, hélas ! bien suffisant qu'il y ait deux classes dans la société, sans essayer d'en constituer une troisième, qu'il est bien suffisant que les travailleurs voient le produit de leur peine et de leur sueur passer dans les mains de ceux qui les commandent, qui détiennent le capital. Nous pensons qu'il ne faut pas mettre à côté d'eux des hommes qui viennent encore chercher des bénéfices entre celui qui emploie et celui qui est employé. »

La réclamation n'est pas nouvelle.

Le 2 mars 1848, le gouvernement provisoire avait

rendu un décret suivi bientôt d'un arrêté complémentaire, prescrivant : « L'exploitation des ouvriers par les sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchandeurs, est abolie. Toute exploitation de l'ouvrier par voie de marchandage sera punie d'une amende de 50 à 100 francs pour la première fois ; de 100 à 200 francs en cas de récidive ; et s'il y avait double récidive d'un emprisonnement d'un mois à six mois. »

S'il faut juger de l'utilité des lois par l'usage qu'on en fait, le décret de 1848 serait par avance condamné.

Malgré les changements de gouvernements auxquels nous avons assisté et ils ont été nombreux, ce décret n'a pas été, jusqu'en 1897, une seule fois exhumé, un demi-siècle s'est écoulé sans que le ministère public en ait requis l'application !

Il y a quelques années, le conseil municipal de Paris résolut de faire de la prohibition du marchandage, une des clauses du cahier des charges des travaux de la capitale.

En 1881, le conseil des prud'hommes de Paris (section des métaux) décidait que les sous-contrats de main-d'œuvre devaient être considérés comme nuls (V. Paris, 3 janvier 1881).

En 1889, à l'anniversaire du 24 février, on avait annoncé que des délégations ouvrières devaient se rendre au ministère de l'Intérieur et dans les préfectures en province, pour y porter leurs doléances et

leurs revendications. M. Floquet, ministre, adressa aux préfets une circulaire dans laquelle il leur recommandait de faire savoir aux ouvriers « qu'en ce qui concernait le marchandage, ils n'avaient ni à insister ni à se préoccuper, le marchandage ayant été aboli par le décret de 1848 qui n'avait pas été abrogé. »

A l'occasion de cette circulaire, M. Trarieux, dans une séance du Sénat du 11 mars 1889, interpella M. Constans, qui avait remplacé M. Floquet.

L'honorable sénateur déclara que, d'après lui, la constitution du 4 novembre 1848, en plaçant au premier rang de nos libertés la liberté du travail et de l'industrie, avait entraîné l'abrogation implicite du décret. Il fit ressortir quel trouble profond causerait l'application de cette disposition, combien elle serait contraire aux véritables intérêts des ouvriers.

Il ne fut plus question du décret qui continua à rester lettre morte.

Mais lors de la rédaction des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs pour l'Exposition de 1900, M. Boucher, ministre du Commerce, fit insérer un article portant : « le marchandage est interdit à l'entrepreneur, conformément au décret du 2 mars 1848, et de l'arrêté du gouvernement du 21 mars 1848.

De plus, au commencement de l'année 1897, en réponse à des questions qui lui furent posées à la Chambre par des députés socialistes, M. Darlan, ministre de

la justice, prit l'engagement de donner des instructions au parquet pour veiller à l'application de ce décret.(1)

Sur cette question le tribunal correctionnel de la Seine a rendu le 9 avril 1897 le jugement suivant : « Le tribunal :... attendu que ces décrets n'ont jamais été rapportés ; qu'ils n'ont été abrogés par aucun texte de loi, ni expressément, ni même implicitement ; qu'ils sont toujours en vigueur, ont force de loi et qu'ils doivent être appliqués par les tribunaux ;

« Que s'ils n'ont encore reçu aucune application devant la juridiction correctionnelle, cette absence de poursuite ne saurait ni mettre en doute leur existence ni amoindrir leur force légale ;

« Attendu qu'il importe de rechercher et de déterminer dans quelles conditions et dans quelles limites le contrat de travail, dit marchandage, est prohibé par le législateur ;

« Attendu que le marchandage est le contrat à forfait de sous-entreprise au rabais, la convention au moyen de laquelle les entrepreneurs de travaux s'adressent pour l'exécution de travaux partiels, à des sous-entrepreneurs ou à des tâcherons qui embauchent les ouvriers avec lesquels ils se mettent d'accord sur les conditions du travail et sur le salaire ;

« Attendu que si le mot « exploitation », quand il

(1) Le procès de marchandage. Plaidoirie de Me Flamand.

s'applique aux choses, veut dire : faire valoir, tirer le produit, et, par extension, tirer profit, il est toujours pris en sens défavorable et revêt le caractère d'un abus lorsqu'on l'applique aux personnes ;

« Attendu que l'exploitation de l'ouvrier signifie profit déloyal, excessif, que l'on poursuit par tous les moyens, notamment par l'avilissement des salaires ;

« Attendu qu'en employant les mots : « Exploitation de l'ouvrier par voie de marchandage », les auteurs du décret de 1848 ont eu en vue de prohiber le trafic déloyal qui peut se produire dans le marchandage, d'atteindre et de punir la collusion entre l'entrepreneur et le sous-traitant, ou tout acte dolosif de l'un ou de l'autre, dont le but serait d'entraîner une réduction exagérée du prix du travail, et d'exposer les ouvriers aux dangers de l'infidélité ou de l'insolvabilité du marchandeur dans le règlement de leur paye ;

« Mais attendu que cette exploitation ne saurait résulter nécessairement du fait du marchandage lui-même ; que le marchandeur, ou sous-entrepreneur, organise et dirige ses chantiers, prépare et suit sur le terrain même la marche et l'exécution de l'entreprise ; qu'il engage son industrie, son expérience, son intelligence, ses avances ou son crédit ; qu'il est responsable des malfaçons de ses ouvriers et subit les conséquences des hausses et des baisses des salaires,

qui sont les suites naturelles des lois qui régissent le travail et les travailleurs ; que dès lors, son bénéfice sur la main-d'œuvre, lorsqu'il y en a, n'est pas une exploitation, mais apparaît comme une juste rémunération ;

« Attendu que la loi ne condamne pas *ipso facto* le contrat de marchandage loyal, fait de bonne foi, qui permet à l'ouvrier de s'élever, par son intelligence et son travail, à une situation supérieure ; que telle était bien la pensée du législateur de 1848 qui a eu soin de déclarer dans l'arrêté du 21 mars : « qu'il resservait la question du travail à la tâche » ;

« Attendu, en effet, que la question de la suppression du marchandage a été discutée, postérieurement à la promulgation du décret du 2 mars et de l'arrêté du 21 mars par l'assemblée nationale, dans ses séances des 20 et 21 août, 4 et 8 septembre 1848, et que cette suppression n'a pas été votée ; que, notamment, le député Guérin, à la séance du 8 septembre, avait proposé, un amendement ainsi conçu : « Il demeure interdit aux entrepreneurs d'employer des sous-traitants, ils devront traiter directement avec les ouvriers pour l'exécution des travaux, soit à la journées soit à prix courants » ; que, à la séance du 9 septembre, M. Guérin retirait son amendement, se réservant de le représenter ultérieurement, mais, en réalité, il n'a pas été reproduit ;

« Attendu, enfin, que de nombreux arrêts de la Cour de cassation, rendus depuis 1848, reconnaissent la légitimité de l'entreprise à forfait, par des sous-traitants, de travaux exécutés par des ouvriers qu'ils ont embauchés ;

« Attendu que si l'article 2 du décret du 2 mars vise seulement « l'exploitation des ouvriers par des entrepreneurs », l'arrêté du 21 mars qui le sanctionne punit d'une amende « toute exploitation de l'ouvrier par voie de marchandage » sans spécifier quelles sont les circonstances de fait qui constituent l'exploitation prohibée par le texte ;

« Attendu que s'il est possible de soutenir, en s'attachant au premier décret, que la répression ne peut atteindre que les sous-entrepreneurs ouvriers, dits marchandeurs, sans s'étendre aux entrepreneurs avec lesquels ils ont traité, et malgré les actes d'exploitation qui pourraient leur être reprochés, les entrepreneurs pourraient encore être retenus comme complices des sous entrepreneurs par application des principes généraux des art. 59 et 60 Code pénal ;

« Mais attendu que, sans avoir à recourir à ces articles, l'arrêté du 21 mars doit être entendu dans un sens large et englober tous ceux qui, à un titre quelconque, ont fait acte d'exploitation de l'ouvrier par voie de marchandage, aussi bien les marchandeurs que les entrepreneurs ;

« Attendu que le tribunal n'a pas, quant à présent,

les éléments suffisants d'appréciation et qu'une expertise est nécessaire ;

« Par ces motifs,

« Nomme Camut architecte etc... »

L'appel fut interjeté. Voici en partie les conclusions de M. Tronard Riolle, substitut de M. le Procureur Général :

« I. La thèse du tribunal a pour elle le texte même des décrets que nous interprétons ; le législateur y a employé quatre fois le mot : « Exploitation » ; c'est volontairement que le gouvernement provisoire a eu recours à cette rédaction tenace. Vous savez quel est le sens grammatical qu'il convient de donner au mot « Exploitation ». Lisez Littré : « En un sens défavorable, exploitation d'un homme, le profit excessif que l'on en tire en l'employant. » Ce que le législateur atteint, prohibe et punit, c'est le profit excessif, dolosif pour l'ouvrier : il y aura donc deux marchandages, le contrat de sous-entreprise licite, s'il procure à l'ouvrier un bénéfice suffisant, et le contrat délictueux, lorsque le sous-entrepreneur cupide prélèvera un bénéfice scandaleux, abusif.

« N'oubliez pas, d'ailleurs, messieurs, que nous sommes en matière pénale, et que les textes de lois que nous examinons doivent être interprétés *stricto sensu* ; le système de Me Viviani ne tend à rien moins qu'à

faire dire par la Cour : « l'exploitation de l'ouvrier, c'est un délit » ; cela est synonyme de : « le marchandage est un délit » ; c'est l'opinion d'un parti politique, mais l'opinion contraire compte d'excellents esprits, et beaucoup d'économistes soutiennent que le marchandage est aussi utile à l'ouvrier qu'à l'entrepreneur ; et puis, nous sommes des magistrats chargés d'appliquer avec prudence un texte de loi pénale, nous ne sommes pas chargés de résoudre un problème d'économie politique ou une fonction sociale. Notre embarras pourrait être grand ; les défenseurs du marchandage, en 1848, s'appelaient Thiers ; en 1897, ils s'appellent Leroy-Beaulieu, Cauwès, Hubert Valleroux.

« M. Thiers s'exprimait ainsi à l'assemblée nationale : « O les plus inconséquents de tous les hommes ! vous voulez que l'ouvrier devienne entrepreneur, et, dès qu'il l'est devenu, vous le détestez ! Vous l'appelez marchandeur, indigne tyran qui exploite l'homme ! Vous louez ce travail, vous voulez qu'il rapporte et vous accablez ceux qui s'élèvent : pour vous plaire, il faut n'avoir pas réussi ! »

« En 1879, M. Cauwès écrit dans son *Précis d'Economie politique* : « Le rôle d'un intermédiaire est cependant utile, en ce qu'il fournit au capital un travail moins coûteux et plus certain, tandis que, d'autre part, il procure aux ouvriers des emplois

dont ils ignoreraient l'existence, ou dont ils n'oseraient assumer les risques. »

« Deux mots de M. Leroy-Beaulieu : « Le sous-contrat ou marchandage est incomparable comme procédé de sélection... Le maximum d'efficacité technique est réalisé par ce système. »

« II. Nous venons d'examiner le décret, un dictionnaire à la main ; ouvrons maintenant les lignes d'histoire et recherchons les conditions dans lesquelles les décrets ont été signés et promulgués ; ce que le gouvernement de 1848 en a pensé, et les conclusions qui se dégagent des débats des mois d'août et de septembre 1848 devant l'assemblée nationale.

« Premier point. Dans quelles conditions les décrets sont-ils intervenus.

« La Cour sait mieux que moi que, le 23 février, l'émeute éclate dans Paris, le ministère Guizot est renversé ; le 24 au matin, Louis-Philippe gagne Rouen, puis l'Etranger : et le 24 au soir, la République est proclamée à l'Hôtel de Ville ; le gouvernement provisoire devient le gouvernement du pays.

« Dès le 28 février, le gouvernement, se souvenant de son origine, veut manifester sa reconnaissance aux ouvriers, qui sont les auteurs de son élévation ; il signe une proclamation dans laquelle il nomme une commission de gouvernement pour les travailleurs avec mission de s'occuper de leur sort.

« Cette commission est présidée par Louis Blanc,

et nous savons par Louis Blanc lui-même ce qui s'y est passé. (Chap. IX, p. 167.)

« Les patrons ont été convoqués par estafette et la commission délibère ; deux demandes figurent au programme : la limitation des heures de travail et la suppression du marchandage.

« Les ouvriers exigent impérieusement une solution ; cette solution est demandée séance tenante, « avec une véhémence où grondait la menace ». Par marchandage, que faut-il entendre, d'après Louis Blanc lui-même ? Je cite sa phrase : « Quant à l'abolition du marchandage nous la voulons, parce qu'il est odieux qu'entre le patron et l'ouvrier se glisse de rapaces intermédiaires qui exploitent le second, et, quel que soit le bon vouloir du premier, font descendre les salaires au niveau marqué par la faim ! »

« Le projet de décret élaboré par la commission du travail est porté au gouvernement provisoire : nous n'avons pas le compte-rendu de la séance, mais nous savons qu'une minorité se forme pour la combattre : la majorité l'emporte et le décret est signé avec la rédaction que nous connaissons avec le mot « exploitation » par quatre fois répété.

« La conclusion que je tire de ce rapide examen historique, c'est que le décret du 2 mars est de précipitation et même d'irréflexion ; la preuve en est qu'on avait oublié d'y inscrire une sanction pénale : les heures de travail étaient limitées, l'exploitation de

l'homme par l'homme était abolie, et le décret devenait platonique, puisque les infractions à ses dispositions n'étaient pas punies; il a fallu s'y reprendre à deux fois, et signer un nouveau décret, en avril, pour la limitation des heures de travail, et un autre le 21 mars pour la suppression de l'exploitation de l'ouvrier par des sous-entrepreneurs.

« C'est cette œuvre législative, brochée en 24 heures, inefficace, puisqu'elle est sans sanction, que vous avez à interpréter ; allez-vous-en étendre la portée ou en restreindre l'application ? Poser la question c'est la résoudre.

« J'ai maintenant à examiner un second point, fort intéressant aussi : dans quel sens le gouvernement de 1848 a-t-il interprété ce décret ?

« Du mois de mars 1848 au 4 mai, date de la réunion de l'assemblée nationale, issue pour la première fois du suffrage universel, aucune poursuite n'a été exercée sur les marchandeurs à la requête du gouvernement provisoire : cette constatation a son importance.

« Le 9 juillet 1848, Pascal Duprat déposa, au nom du Comité des travailleurs, c'est-à-dire au nom de ceux qui ont provoqué les décrets de mars, un projet de décret d'abrogation : dans l'exposé des motifs, le rapport s'exprime sur le compte de ces décrets aussi sincèrement que je le faisais tout à l'heure. Voici le texte de loi proposé : « L'assemblée nationale, consi-

dérant que le décret du 2 mars est nuisible aux intérêts de l'industrie et contraire à la liberté du travail :

« Décrète,

« Article unique : — Le décret du 2 mars est abrogé.

« L'assemblée discute ce projet aux mois d'août et de septembre et abroge, par décret du 9 septembre, la première partie du décret, ayant trait à la limitation des heures de travail.

« Comment le gouvernement a-t-il interprété la pensée de l'assemblée nationale, en ce qui concerne la seconde partie du décret visant l'exploitation de l'ouvrier ?

« Je laisse la parole à M. le ministre de l'agriculture adressant aux préfets une circulaire interprétative de la loi votée le 9 septembre : « Le décret actuel abroge le décret du 2 mars, seulement en ce qui concerne la limitation des heures de travail. La question relative au marchandage a été réservée pour être discutée et résolue ultérieurement ! »

« Si la question est réservée, c'est qu'elle n'est pas tranchée ; si elle doit être discutée et résolue ultérieurement, c'est que le gouvernement, en septembre 1848, ne se considère pas comme armé d'une disposition législative qui le prohibe ; aussi a-t-il été conséquent avec lui-même en laissant les intermédiaires vivre et travailler sans les inquiéter en aucune façon.

« III. Le troisième point, que je me suis promis

d'examiner avec vous consiste à rechercher les indications qui peuvent résulter des débats engagés devant l'assemblée nationale au mois d'août et de septembre 1848.

« La première partie du décret est condamnée : la limitation des heures de travail a été désastreuse pour les ouvriers aussi bien que pour les patrons, elle a produit le renchérissement de la main-d'œuvre, l'augmentation du prix de revient du produit fabriqué et l'impossibilité de lutter avec la concurrence étrangère.

« La commission des travailleurs, par l'organe du rapporteur Pascal Duprat, proposait l'abrogation de la seconde comme de la première partie du décret du 2 mars ; elle a dû modifier son projet et effectuer une disjonction, en ajoutant les mots : « en ce qui concerne la limitation des heures de travail » : puis, la discussion s'est engagée au sujet de l'abrogation de la seconde partie du décret.

« M. Fourneyron avait déposé un amendement tendant au vote de l'abrogation totale : dans un cercle d'idées tout différent, M. Guérin avait rédigé un amendement ainsi libellé : « Il demeure interdit aux entrepreneurs d'employer des sous-traitants. Ils devront traiter directement avec les ouvriers pour l'exécution des travaux, soit à la journée, soit à prix courants. » Je me pose, avec le tribunal, cette question : à quoi sert l'amendement, si le décret du 2 mars supprime, d'une façon radicale, le marchandage

même non entaché de dol, de rapacité et de bénéfice scandaleux et excessif ?

« Pour avoir satisfaction, M. Guérin n'a qu'à s'opposer à l'abrogation du décret ; il formule au contraire un amendement ; c'est pour obtenir quelque chose de plus que ce qui est dit dans la loi.

« Je dois dire à la Cour que j'ai lu ces débats avec une scrupuleuse attention : il s'en dégage pour moi cette conviction que trois systèmes se trouvaient en présence : le système de ceux qui voulaient l'abrogation du décret et qui n'ont pas triomphé ; le système des adversaires acharnés du marchandage, comme M. Guérin, qui ne ralliaient pas une majorité au sein de l'assemblée, et les partisans du *statu quo* ; ceux-là ont eu la victoire ; le décret est resté ce qu'il était, et, comme le disait le ministre de l'agriculture, l'assemblée a réservé la question du marchandage pour être résolue ultérieurement.

« La théorie du Tribunal est conforme aux principes du droit pénal, qui ne voit pas de délit là où il n'y a pas d'intention de nuire ; pour faire admettre une dérogation à ce principe, pour permettre une assimilation absolue entre le marchandage et une infraction à la police des chemins de fer, j'estime qu'il nous faudrait un texte clair, précis, ne pouvant donner lieu à une double interprétation ; et ce n'est pas le cas dans l'espèce actuelle.

« Le Tribunal proclame que les texte des décrets

doivent être interprétés *stricto et non lato sensu ;* le Tribunal a raison, et cette interprétation étroite s'impose pour trois raisons.

« La première raison est que nous sommes en matière pénale, et je n'aurais garde d'oublier un argument qui est maintes fois opposé aux poursuites du ministère public ; pour une fois, il vient à l'appui de la thèse que je défends.

« La seconde raison est que le législateur de 1848 a proclamé la liberté du travail ; les décrets portent atteinte à cette liberté ; par suite, il convient d'en restreindre l'application.

« En troisième lieu, la prohibition absolue du contrat de sous-entreprise met une entrave des plus graves à la liberté des conventions. Comment, vous allez empêcher un ouvrier de se charger d'un travail, s'il le fait exécuter par des ouvriers comme lui, qui l'effectueront sous ses ordres ? Ce contrat sera licite, s'il s'associe avec eux ; illicite, s'il les embauche et les paie à la tâche et à la journée. Et cela, pour cette unique raison que le bénéfice aléatoire qu'il va tirer de l'opération constitue, par lui seul, une exploitation. Je dis que, pour déroger d'une façon aussi grave aux principes de la liberté des conventions, le législateur doit prendre des formules claires, nettement impératives ; s'il se sert de paraphrases obscures, les principes du droit imposent aux magistrats une interprétation étroite.

« Je vous ai dit, messieurs, que les décrets de 1848 n'ont jamais été appliqués, je ne puis par suite invoquer une jurisprudence antérieure ; mais si nous ne savons pas ce que la Cour de cassation pense des décrets de 1848, nous savons ce qu'elle pense des sous-entrepreneurs tâcherons ouvriers ; vous connaissez mieux que moi les dispositions de l'art. 1798, toutes de bienveillance et de bienfaisance pour l'ouvrier ; cet article confère à l'ouvrier une action directe contre celui pour lequel le travail est effectué pour tout ce qu'il reste devoir à l'entrepreneur insolvable. La Cour de cassation a eu à rechercher si cette action directe doit être accordée au sous-entrepreneur, et la Cour a distingué entre le sous-entrepreneur tâcheron ouvrier et le sous-entrepreneur patron spéculateur, disposant de gros capitaux ; elle a réservé ses faveurs au premier.

« Si la Cour de cassation voyait en lui un exploiteur, le favoriserait-elle ainsi ? Et, lorsque la Cour de cassation, chambre criminelle, sera saisie du pourvoi formé contre votre arrêt, il serait vraiment étrange de la voir réserver ses rigueurs à celui-là même qui jouit d'une situation privilégiée devant la Chambre civile.

La Cour a statué ainsi :

« La Cour...

« Sur le point de droit « Adoptant les motifs des premiers juges,

« Et, considérant en outre, que l'arrêté du 21 mars 1848 proscrit en termes généraux, toute exploitation de l'ouvrier par voie de marchandage; qu'il doit atteindre l'entrepreneur, s'il est prouvé que celui-ci s'est concerté frauduleusement avec un tâcheron pour arriver à l'exploitation abusive des ouvriers, et pour s'enrichir à leurs dépens ;

« Qu'on objecte, vainement, que l'entrepreneur ne pouvant être recherché à raison de la modicité des salaires qu'il aurait imposés aux ouvriers, en traitant directement avec eux, n'a fait qu'user de son droit en traitant avec un tâcheron à des prix qu'il n'appartiendrait pas aux Tribunaux de réviser ;

« Considérant qu'en effet la loi n'a pas eu pour but de protéger les ouvriers, contre les entrepreneurs avec lesquels ils sont en rapport direct et qui offrent des garanties plus grandes que les tâcherons ; que la pensée du législateur de 1848 a été de les défendre contre les abus résultant soit de la mauvaise foi du tâcheron seul, soit de la collusion de l'entrepreneur et du tâcheron qui s'entendraient pour substituer la responsabilité fictive d'un intermédiaire insolvable à la responsabilité réelle de l'entrepreneur, qui bénéficierait, en tout ou en partie, de la main d'œuvre, sans la rémunérer ;

« Sur l'expertise :

« Considérant que cette mesure d'instruction prescrite par le Tribunal a précisément pour objet de

l'éclairer sur les faits invoqués par les parties civiles et contestés par les prévenus, et de rechercher s'ils présentent les éléments constitutifs du délit de marchandage ; qu'il n'est pas exact que ces faits soient, d'ores et déjà, démentis par les documents produits à la Cour ; que le rapport de l'arbitre nommé par le Tribunal de commerce ne saurait suppléer à une entreprise confiée à un homme de l'art, qui procédera régulièrement et contradictoirement avec tous les intéressés ; qu'il échet, en conséquence, de maintenir l'expertise ;

« Adoptant, au surplus, les motifs du jugement qui répondent suffisamment aux moyens développés dans les conclusions prises devant la Cour ; sans s'arrêter à l'appel de M. le procureur général, déclare l'appel de Loup mal fondé ; l'en déboute ;

« Confirme la sentence des premiers juges, etc... »

Vu :
Le Président de la thèse,
ANDRÉ WEISS

Vu :
Le Doyen
GLASSON

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris ;
GRÉARD

Saint-Amand (Cher.) — Imprimerie BUSSIÈRE